

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 34 – Numéro 1-2

Année : 2003-2004

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12295>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12295>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PRISE EN CHARGE DES MINEURS DÉLINQUANTS : QUELQUES ÉCLAIRAGES À PARTIR DES GRANDS TEXTES INTERNATIONAUX ET D'EXEMPLES EUROPÉENS.....	3
Par Jean ZERMATTEN	
L'AVENIR DES PRATIQUES DANS UN NOUVEAU CADRE LÉGAL VISANT LES JEUNES CONTREVENANTS	47
Par Jean TRÉPANIÉ	
LES TROIS DIMENSIONS DE LA PROTECTION DES MINORITÉS EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ.....	93
Par José WOEHLING	
DROIT HUMANITAIRE ET DROIT D'INTERVENTION	157
Par Juanita WESTMORELAND-TRAORÉ	
LES MINORITÉS EN DROIT PUBLIC CANADIEN	197
Par Jean-François GAUDREAU-DESBIENS Danielle PINARD	
LE DROIT DE LA FAMILLE ET LES MINORITÉS	229
Par Benoît MOORE	
LES MINORITÉS EN DROIT DES BIENS ET DES OBLIGATIONS AU QUÉBEC : QUELQUES ASPECTS	261
Par Adrian POPOVICI	
LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION	275
Par Michèle RIVET	
LES ACCORDS DE BIOPROSPECTION RÉPONDENT-ILS AUX OBJECTIFS DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE?.....	307
Par Jean-Frédéric MORIN	
LA XÉNOTRANSPLANTATION : AU COEUR D'UN DILEMME	345
Par Catherine RÉGIS	
JUDICIAL INVOLVEMENT IN DOMAIN NAME DISPUTES IN CANADA.....	373
Par Lynn CAMPBELL	
Notes bibliographiques	
« LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE EN DROIT ».....	423
Par René PEPIN	
« TECHNIQUES DE REPÉRAGE DES SOURCES DOCUMENTAIRES DU DROIT ».....	427
Par Geneviève TREMBLAY	

« TRAITÉ DE DROIT CRIMINEL ».....	429
Par Simon ROY	
« TRAITÉ GÉNÉRAL DE PREUVE ET DE PROCÉDURES PÉNALES ».....	433
Par Lucie ROY	
CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE.....	437
Par Simon ROY	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PRISE EN CHARGE DES MINEURS DÉLINQUANTS : QUELQUES
ÉCLAIRAGES À PARTIR DES GRANDS TEXTES INTERNATIONAUX ET
D'EXEMPLES EUROPÉENS

Auteur(s) : Jean ZERMATTEN

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 3-45

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12279>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12279>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PRISE EN CHARGE DES MINEURS DÉLINQUANTS : QUELQUES ÉCLAIRAGES À PARTIR DES GRANDS TEXTES INTERNATIONAUX ET D'EXEMPLES EUROPÉENS*

par Jean ZERMATTEN**

SOMMAIRE

1.	INTRODUCTION	5
2.	OBSERVATIONS GÉNÉRALES	6
2.1	Un double mouvement	7
2.2	Deux modèles classiques et une troisième voie	9
2.2.1	Le modèle de protection	9
2.2.2	Le modèle de justice (<i>Justice Model</i>)	10
2.2.3	Une troisième voie : la justice réparatrice	11
2.3	Nul n'est parfait	13
3.	LES DROITS DE L'ENFANT EN MATIÈRE PÉNALE	16
3.1	Revue des textes	16
3.1.1	La <i>Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant</i>	16
3.1.2	Les principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile	18
3.1.3	Les <i>Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs</i>	18
3.1.4	Les <i>Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté</i>	19
3.1.5	Le <i>Modèle de loi sur la Justice des Mineurs</i>	20

*. Exposé présenté aux Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre à Sherbrooke, le 2 mai 2002.

**, Président du Tribunal des Mineurs du Valais et Directeur de l'Institut international des droits de l'enfant.

3.2	L'esprit des textes	21
3.2.1	Les enfants ont des droits	22
3.2.2	Une justice spécifique est nécessaire	23
3.2.3	Une constante : la privation de liberté est l'ultime ratio	24
4.	QUELLE INCIDENCE? PLUS DE DROITS OU PLUS DE RESPONSABILITÉS?	25
5.	QUELQUES EXEMPLES EUROPÉENS	27
5.1	L'Angleterre	27
5.2	La Belgique	31
5.3	L'Espagne	33
5.4	La Suisse	36
5.5	La France	39
6.	CONCLUSION	41
6.1	Quoi de commun?	41
6.2	Chercher du sens	42

1. INTRODUCTION

Depuis une dizaine d'années, la délinquance des mineurs, dans les pays industrialisés tout au moins, et dans les pays européens en particulier, met la justice juvénile face à un double défi :

- celui de répondre à une aggravation sensible des manifestations délinquantes, tant en quantité (augmentation significative des délits commis par les mineurs, courbe statistique ascendante) qu'en qualité (actes de plus en plus graves commis par de très jeunes auteurs, recours accru à la violence, toxicomanie, crimes en série);
- celui de répondre aux besoins de sécurité de la population qui vit cette augmentation largement reprise par les médias et qui est d'accord avec un droit spécifique pour les mineurs délinquants, pour autant que ce droit réponde à ses attentes en matière sécuritaire et prenne en charge efficacement les auteurs mineurs.

Mais ce débat n'est probablement pas propre au monde occidental; il est certainement universel, en raison de changements sociaux et de phénomènes comme :

- la diminution des repères culturels et la perte des modèles d'identification;
- la transformation de la famille (famille monoparentale, famille recomposée, famille re-re-composée, famille décomposée, familles multiples, etc.);
- l'impact très important des nouveaux modes de communication et des nouveaux médias sur la jeune génération qui est non seulement télévisée et branchée, mais qui est interconnectée;
- l'urbanisation et la concentration de masse de jeunes dans certaines régions centrales des pays et leur agglutinement dans des zones de non-droit (banlieues ou quartiers défavorisés) où même la police ne va plus;
- les migrations et leur cortège de souffrance et d'inadaptation, qui écartèlent les enfants entre deux cultures, entre deux systèmes juridiques, entre deux loyautés;

- le chômage ou la désoccupation des jeunes et cette grande difficulté de donner une perspective à bon nombre d'adolescents qui ne voient souvent que *no future*.

Devant une telle évolution, il est clair que les États ne peuvent pas rester les bras croisés et que la *vox populi* réclame des changements, des modifications, des assurances et des garanties. Dès lors, les systèmes judiciaires de prise en charge des mineurs délinquants sont remis en question et les projets de modification législative fleurissent un peu partout dans le monde. Et ces projets oscillent entre une approche sociale et bienveillante du phénomène, inspirée du modèle protectionniste, et une approche plus légaliste, plus juridique, voire plus rétributive pour ne pas dire sécuritaire.

Le propos est donc d'essayer de dégager quelques grands courants qui s'imposent sur le plan international et de prendre quelques appuis sur des exemples européens récents, pour illustrer les tendances générales qui se vivent et peut-être pour inspirer, sinon des législateurs, au moins des amateurs de droit comparé.

Il n'a pas été possible de prendre en compte toutes les dispositions de toutes les lois nationales et cet exposé se limite aux expériences les plus connues et celles qui ont été exposées, notamment par les praticiens. Mais il faut bien admettre que dans cette matière, les études, notamment de droit comparé, sont pauvres. Cette présentation contient donc des lacunes, elle n'a d'autre prétention que de faire réfléchir et d'amener les éléments à la discussion.

À titre de complément, on ajoutera ce que les droits de l'enfant, fort développés en matière pénale, apportent pour la compréhension de la prise en charge des jeunes délinquants et les tendances générales qu'ils induisent (les *trends* internationaux, pourrait-on dire).

2. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Il paraît utile de procéder à quelques observations générales sur les mouvements législatifs.

Presque tous les pays du globe ont légiféré dans le domaine de la justice juvénile. Presque, mais pas tous; deux exemples peuvent être cités d'États qui ont renoncé à instaurer une justice spéciale pour les mineurs : la Finlande et le Pakistan. Chacun avec une conception opposée :

- En Finlande, on estime que la délinquance des jeunes est passagère, peu grave et qu'elle ne doit pas être stigmatisée. On a donc renoncé à créer des instances pour les infractions commises par les mineurs (aussi sous prétexte d'économie financière) et on pardonne systématiquement tous les mineurs délinquants. Sauf dans les cas très graves, où alors, effet pervers du système, ce sont les instances pour les adultes qui jugent, en infligeant une peine du droit ordinaire, mais moindre que pour un adulte.
- Au Pakistan, l'on se trouve dans le système qui prévalait en Europe avant la Révolution française : il n'y a pas de tribunaux pour mineurs, pas de droit particulier et pas de réponses spécifiques. En cas d'infractions commises par les mineurs, ceux-ci se voient infliger les peines ordinaires, avec une diminution de la durée liée à la circonstance atténuante de l'âge. Il n'y a pas, semble-t-il non plus, d'établissement pour les mineurs délinquants.

Mais dans les pays qui ont légiféré, le débat ouvert autour des vocables «protection - responsabilisation» se retrouve dans tous les modèles judiciaires imaginés par les différentes législations nationales. Ces modèles ont suivi, plus ou moins étroitement, le développement historique de la protection de l'enfance et ont subi l'influence directe des grands principes, tel celui de l'intérêt de l'enfant.

2.1 Un double mouvement

D'une manière schématique, l'on peut dire que tout ce 20^e siècle, jusqu'aux années 80, a été marqué par l'élaboration de systèmes de prise en charge des mineurs délinquants (par exemple, la France, la Belgique, le Portugal, l'Écosse) autour de concepts d'aide, d'assistance, de prise en charge, mettant les notions de punition, rétribution et répression à l'arrière-plan. Cette tendance fait alors ressortir de manière assez évidente le paradoxe de la cohabitation «mesure - peine» ou «éducation - sanction» ou encore «assistance - contrôle». Cette contradiction est encore plus manifeste dans les nombreux pays

qui ont mis en place des juridictions à doubles compétences, comme la France par exemple : compétence civile de pure protection liée aux situations de danger (cause familiale, professionnelle ou sociale) et compétence pénale de poursuite des actes constitutifs d'infractions ou des comportements déviants lorsqu'ils dépassent la notion de danger.

Dès les années 70, mais surtout depuis 1979 (Année internationale de l'Enfant), des revendications importantes pour de meilleurs droits accordés aux mineurs dans les procédures, pour un recours moins fréquent à la privation de liberté et pour un respect plus général des principes des Droits de l'Homme (leitmotiv : on ne peut traiter plus mal l'enfant que l'adulte) ont conduit maints États à revoir leur législation nationale et à réformer leur système judiciaire (Espagne, É.-U., Italie, Portugal, Canada, Angleterre, Autriche, Belgique, Suisse, etc.). Ce mouvement n'est pas terminé et plusieurs pays sont en révision, notamment sous la pression de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant, que la plupart des États ont maintenant ratifiée (191 sur 193 à fin de l'année 1998) et sous l'effet des constats du Comité des droits de l'enfant relatifs à la justice des mineurs, où presque tous les pays se sont fait «épingler»... On assiste ainsi à un double mouvement :

- d'une part, une tendance très nette à une dépenalisation et à une déjudiciarisation, ce qui signifie moins d'interventions des tribunaux, même pour les infractions, mais plus d'implication de la Cité en général, par le recours aux diverses commissions de jeunesse ou organismes locaux ou régionaux (Écosse, Espagne, Belgique, par exemple); la réponse principale est alors une mesure de type éducatif ou communautaire;
- d'autre part, une repénalisation, soit une tendance très nette à n'accorder attention qu'à l'acte symptôme (infraction) en privilégiant la prévention générale au détriment de la prévention spéciale (par exemple, Allemagne, Italie, É.-U.). L'accent n'est plus mis sur les besoins de la personne de l'auteur, mais sur le besoin de protection de la société en général : la réponse est alors axée sur la peine, respectivement la peine privative de liberté.

2.2 Deux modèles classiques et une troisième voie

Il est bon de revenir aux «fondamentaux» et d'émettre une réflexion de base sur les systèmes utilisés en justice des mineurs. Il semble que l'on puisse circonscrire les modèles utilisés à trois familles : le modèle de protection, le modèle de justice et la nouvelle approche dite de justice réparatrice (*Restorative Justice*).

2.2.1 Le modèle de protection

S'il fallait trouver une expression pour qualifier ce modèle, on dirait modèle «intérêt de l'enfant». Il part de la considération que le comportement délinquant est lié de manière évidente à une situation sociale, économique ou familiale défavorable. Dès lors, toute intervention doit viser à réduire les causes de ce comportement bien plus qu'à punir l'auteur. En bref, l'enfant est considéré comme une victime de son milieu et les soins à lui apporter sont déterminés non par son comportement mais par l'examen de sa situation personnelle. L'autorité d'intervention jouit, à ce titre, d'un très large pouvoir d'appréciation et le rôle du juge est déterminant (rôle symbolique). Le critère fondamental est le bien ou l'intérêt de l'enfant; les principes classiques du droit pénal (proportionnalité, égalité de traitement, culpabilité-responsabilité) restent à l'arrière-plan. C'est un modèle que l'on qualifie aujourd'hui de paternaliste, comme par exemple au Portugal, en Pologne, au Brésil, en France et en Écosse, et l'ancien système belge de 1965, qui était le prototype même du système protectionniste (confusion totale entre mineurs délinquants et mineurs en danger).

Mention spéciale aux systèmes scandinaves (Suède notamment) et écossais, que l'on qualifie d'anti-pénaux ou à caractère administratif; là règne le modèle de protection, mais d'une manière particulière, puisque ces pays ne connaissent pas d'instances judiciaires pour les mineurs, mais uniquement des instances appelées «comités locaux» (*panels* ou *hearings*). Hors d'Europe, de tels systèmes sont connus au Mexique et à Cuba notamment, où des «Conseils de protection» interviennent, mais hors du champ judiciaire.

Si l'on se penche un peu plus sur le système de la Suède (loi de 1982), ce sont donc des comités de protection de la jeunesse instaurés au niveau communal qui sont compétents en matière de protection, d'éducation et de

délinquance et qui décident des mesures à prendre. Pour les jeunes délinquants, comme il n'existe pas de droit spécial applicable aux mineurs, les délits graves ressortissent au droit pénal général qui a été partiellement adapté (responsabilité pénale fixée à 15 ans). Il est très intéressant de noter que les peines de prison pour mineurs, qui avaient été abolies en 1980, font l'objet d'une forte pression pour être réintroduites. Le grand risque de ces systèmes est l'absence de toute garantie judiciaire et le fait qu'ils ne sont que peu adaptés pour répondre aux situations les plus graves; cela entraîne alors un recours au droit pénal des adultes parfois un peu édulcoré.

2.2.2 Le modèle de justice (*Justice Model*)

À l'opposé du modèle précédent, on pourrait qualifier ce modèle de modèle rigide et procédural. Il fait un sort à l'idée de l'enfant-victime systématique de son milieu et érige le mineur en être responsable, qui ne doit plus forcément être traité, mais qui peut être sanctionné, car la délinquance et la déviance ne sont pas un état pathologique, mais résultent d'un choix personnel. Le mineur délinquant est donc responsable de ses actes et doit en assumer le prix. Dans le modèle de justice, l'intervention pour les mineurs délinquants fait appel aux grands principes du droit pénal et met en avant le concept de responsabilité - sanction. Un modèle donc où la punition a une place évidente et où l'intensité de la réaction sociale n'est plus le besoin de la personne, déterminé par un examen de sa situation individuelle, mais réside dans le genre, le nombre et la gravité des faits qui lui sont reprochés.

Les exemples : d'abord les systèmes comme l'Allemagne (loi de 1953) avec juridictions spécialisées pour les mineurs, un système de sanctions propres, des règles procédurales dérogeant au droit commun et un droit pénitentiaire spécial. L'Autriche a un système un peu identique, quoique marqué, depuis la nouvelle loi de 1989, du sceau de la priorité de la diversion et des alternatives (place importante faite à la médiation). Hors d'Europe, il faut mentionner la Thaïlande et la Bolivie, qui ont instauré des systèmes basés sur le modèle «justice».

Les pays anglo-saxons (l'Angleterre par son *Children Act* de 1989 et les révisions apportées par le *Crime and Disorder Act* de 1998 et le *Youth Justice*

System de 1999), l'Irlande du Nord, par le *New Justice Bill*, actuellement en travaux devant le Parlement de Belfast comme probablement les différentes lois des États des É.-U. s'appuient sur des systèmes très rigides, marqués par un grand formalisme, des possibilités de sanctions lourdes basées sur la privation de liberté (parfois même sur la peine capitale) et un éventail d'institutions fermées assez développé. Le Canada dans sa nouvelle *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* semble se démarquer de l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants* et adopter un système «justice» (loi votée par le Parlement canadien et qui devrait entrer en vigueur en 2003).

2.2.3 Une troisième voie : la justice réparatrice

Entre ces deux modèles, y a-t-il une voie intermédiaire, un système qui s'inspirerait des deux premiers et qui constituerait une sorte d'addition des avantages des systèmes protectionnel et légaliste, tout en gommant leurs inconvénients? À notre avis, les deux systèmes partent d'idées diamétralement opposées, de sorte qu'il n'est guère concevable de trouver un consensus entre les deux, sauf à choisir un très petit dénominateur commun, ce qui n'aurait bien sûr qu'un intérêt minime pour la justice juvénile.

On semble par contre se diriger vers une nouvelle voie, vers un 3^e modèle, la justice réparatrice (*Resorative Justice*), que de nombreux auteurs citent et qui semble inspirer plusieurs législations, notamment l'Autriche et la Nouvelle-Zélande.

La justice réparatrice est devenue un modèle courant en droit pénal qui cherche à intégrer les trois pointes du triangle : auteur - victime - société. La justice des mineurs n'échappe pas à cette pensée. Ce modèle part de l'idée que le système de protection n'est pas assez axé sur l'infraction et qu'il n'accorde pas assez de place à la notion de responsabilisation du mineur. Il s'appuie aussi sur l'idée que le système dit de justice se réclame trop de l'acte commis et de la sanction et qu'il va finalement à fin contraire car la peine ne «soigne» pas, mais plutôt détourne le mineur de la société, voire le révolte contre elle. Il s'agit donc de trouver un mode d'intervention qui se recentre, au moins en partie, sur l'acte, en même temps qui cherche à responsabiliser l'auteur de cet acte, et si possible qui puisse le réconcilier avec la société.

Cette troisième voie a donc imaginé de quitter le «tout sur la personne de l'auteur» et le «tout sur la responsabilité» pour réintroduire la victime dans le procès pénal des mineurs. L'idée sous-jacente est que le fait d'avoir escamoté la victime d'infraction dans les deux modèles antagonistes a provoqué une sorte de désintérêt de l'intervention pénale, non seulement à l'égard de celui qui a subi un préjudice, mais surtout de la communauté à laquelle appartient cette personne. En donnant une place nouvelle - mais au fond qui lui revient de droit - à la victime, on réoriente toute l'intervention vers une prise de conscience du mineur du tort que son acte a provoqué, de la nécessité de réparer le dommage et de l'impérative obligation de se situer clairement par rapport aux valeurs que la communauté entend faire respecter.

Cette réaffirmation de l'existence de la victime n'est pas seulement une déclaration d'intentions : elle doit se traduire dans les actes et dans la procédure judiciaire par la confrontation entre le mineur et sa victime, par la réparation (totale, partielle, ou symbolique) du dommage matériel ou moral causé et par une démarche de «rachat» ou de réparation vis-à-vis de la communauté à laquelle appartient le mineur. La concrétisation de ces bonnes intentions se fait par des institutions ancienne comme la conciliation ou nouvelle comme la médiation pénale. Elle s'organise dans un tribunal avec la mise en scène judiciaire de la confrontation auteur - victime, respectant alors les formes habituelles du procès ou elle peut se tenir hors du système officiel, en étant confiée à des tiers extérieurs, par exemple à des médiateurs agissant hors du Palais de justice. Elle se réalise aussi par la sanction réparatrice qu'est la prestation de type communautaire, qui n'a plus un caractère pédagogique mais qui a un objectif de juste réparation des dommages causés. On réintroduit dans ce système les principes de proportionnalité et de responsabilité : la première comme mesure de sanction à exécuter pour racheter la faute, la seconde comme principe présumé (l'auteur doit assumer ses actes).

Idée riche et prometteuse que de responsabiliser l'auteur d'une infraction tant vis-à-vis de la victime que vis-à-vis de la communauté, idée qui mène à l'un des objectifs de l'intervention envers les mineurs délinquants, objectif qui transcende les modèles, c'est-à-dire l'idée d'éducation : faire prendre conscience au mineur que son comportement est fautif et non respectueux des valeurs à la base du contrat social, donc l'amener à modifier sa manière d'agir.

Les expériences à ce sujet sont récentes (une dizaine d'années), mais semblent prometteuses. Les pays qui ont revu leur législation comme l'Espagne ou l'Angleterre ou qui sont en train de revoir leur législation (par exemple, la Belgique et la Suisse) s'intéressent vivement à ce genre de réponse, alors que l'Autriche pratique cette intervention depuis sa loi du 20 octobre 1988 (*Jugendgerichtsgesetz*) et s'en félicite.

2.3 Nul n'est parfait

Si l'on prend le temps d'une brève critique, l'on s'aperçoit qu'aucun de ces trois systèmes n'est parfait et l'on peut dire qu'ils pèchent tous par excès, comme souvent les jeunes dont nous avons la charge...

Le modèle de protection : le postulat de départ de considérer toujours l'enfant comme une victime est un mythe. Il est certes évident que le milieu a une influence directe sur le comportement de l'enfant, mais il est exagéré de mettre l'infraction ou la déviance dans un rapport de dépendance absolue et nécessaire avec ce milieu. Dès lors, un certain nombre de comportements délictueux ou difficiles n'ont pas de lien direct avec le milieu, mais sont le fruit ou d'une décision raisonnée ou d'une émotion momentanée ou d'une situation accidentelle et purement ponctuelle. Le critère d'application des mesures, éventuellement des sanctions, lorsqu'il réside uniquement sur l'intérêt de l'enfant est trop subjectif, trop abstrait et donne un pouvoir discrétionnaire au juge; il n'est donc pas satisfaisant. La notion de soins et de traitement laisse planer beaucoup d'incertitudes sur le genre et la durée des mesures dites de protection; c'est là un écueil d'importance dans la perspective des objectifs mêmes de ces mesures prises pour des enfants qui ont justement besoin de certitude. Au fond, ce modèle pêche par excès de générosité. Mais, sous prétexte de l'intérêt de l'enfant, ne va-t-il pas contre les intérêts des enfants (abus importants et absence de critères objectifs)?

Le modèle justice : il est peu soutenable de déclarer l'enfant libre de mener sa destinée, de maîtriser son existence et de choisir en tenant compte des intérêts légitimes des autres et des intérêts nécessaires de la vie en communauté : l'enfant doit apprendre cette liberté, il ne la reçoit pas à sa naissance. La sanction ne peut donc être la seule réponse à ses actes. L'assimilation du mineur au prévenu adulte et la reconnaissance d'une position identique conduit à

renforcer tous les droits formels du mineur, mais à vider les juridictions spécialisées de leur spécificité; poussé à l'extrême, le modèle justice conduit à l'abolition des instances pour mineurs. S'agissant de la prévention générale et de la rétribution, elles renforcent l'arsenal répressif, faisant fi de tous les efforts de diversion effectués dans le monde entier et laissant au rencart les mesures éducatives et thérapeutiques, qui ont fait pourtant leurs preuves. En un mot, le modèle de justice est trop rigide et tend à une pénalisation complète de l'intervention (rejet de la protection, traitement du symptôme et non des causes, sur-responsabilisation).

La justice réparatrice contient en elle-même des limites objectives : la confrontation entre l'auteur et la victime est soumise à l'accord nécessaire de cette dernière de rencontrer le mineur. Or, dans de nombreuses situations, notamment dans les infractions contre l'intégrité sexuelle, la plupart des victimes refusent d'être mises en présence de l'auteur pour des raisons fort compréhensibles. Dans les infractions très graves (atteinte à l'intégrité physique), on est souvent en présence de la même attitude qui rend vains les avantages escomptés. Délits commis en bande : guère possible d'organiser ce type de confrontation, soit en raison du nombre des auteurs, dont certains se soustraient à cette démarche, soit en raison de la réticence des victimes qui refusent d'être présentées au grand nombre, sous prétexte d'être alors minorisées, impressionnées voire de courir des risques de représailles. Ce sont des obstacles réels auxquels on doit prêter attention et qui limitent de manière souvent déterminante les effets de ce système.

Mais surtout, la justice réparatrice, dans sa logique de réparation systématique et de responsabilisation présumée, confrontée aux limites objectives rappelées ci-dessus, connaît une difficulté : comment répondre aux jeunes délinquants particulièrement dangereux et qui présentent des risques de récurrence évidents, que l'on ne peut pas simplement confronter aux victimes ou soumettre à des tâches communautaires? Ce système a introduit alors une «espèce de limite de sécurité» pour ce type de délinquants, qui se résume alors à l'enfermement : le délinquant mineur est alors privé de liberté, car il représente un danger pour la société. Ce modèle, par le biais de la «réparation du dommage» ou de la «restauration de la paix sociale» tombe dans le travers de la repénalisation par le retour du principe de la proportionnalité, la logique

tarifaire et des motifs de prévention générale... Curieux effets d'une belle idée et qui montrent bien qu'il est difficile d'inventer un modèle nouveau qui gommerait les désavantages du système de protection et de justice.

En fait, la question qui se pose est celle de savoir si la justice réparatrice est un modèle en soi, ou au contraire un instrument, un moyen à disposition des systèmes principaux. Cette question peut paraître théorique certes; dans la mesure où il semble nécessaire d'affirmer l'identité d'un système et les références théoriques (pour ne pas dire philosophiques) auxquelles il se rattache, il vaut néanmoins la peine d'aborder cette interrogation.

Cette question est devenue d'autant plus pertinente que dans l'évolution récente des législations européennes, on note que tant les nouvelles dispositions rattachées au modèle de protection (Espagne et Suisse, par exemple) que celles qui sont liées au modèle de protection (Angleterre et Belgique, par exemple) se réclament également de la justice réparatrice... Celle-ci serait-elle alors une sorte de «bonne à tout faire» de la justice des mineurs? L'engouement est certes lié à un moment précis de l'histoire du développement des institutions judiciaires mais trouve surtout une explication de son succès dans la nécessaire réapparition de la victime, trop longtemps escamotée dans les cours pour délinquants juvéniles. Et comme le fait de réintroduire cette partie dans le procès permet une responsabilisation objective, concrète et mesurable, on comprend l'intérêt des deux modèles à s'approprier ce moyen.

Au vu de ce qui a été dit plus haut sur les limites de la justice réparatrice (difficultés de confrontation auteur-victime dans des circonstances précises et limite de sécurité imposée pour les cas les plus graves) et prenant en compte cette revendication d'appropriation de cette justice par les deux modèles, on devrait plutôt conclure qu'il s'agit non d'un système, mais d'une méthode, d'un instrument, d'un moyen, au mieux d'un sous-système.

L'intéressant est alors de souligner que la justice réparatrice alliée au modèle de protection aide celui-ci à faire un pas vers le modèle de justice, en faisant appel aux notions de responsabilisation et de proportionnalité, alors que le modèle de justice, en quittant la logique purement répressive pour s'ouvrir aux concepts de réparation et d'intérêt communautaire, se rapproche un peu du

modèle de protection. La justice réparatrice offre donc des possibilités nouvelles en jetant des passerelles entre les deux modèles dits classiques.

3. LES DROITS DE L'ENFANT EN MATIÈRE PÉNALE

Dans cette évolution de la réponse aux infractions commises par les délinquants mineurs (car on parle à nouveau d'infractions et de délinquants mineurs, autre signe que les temps changent), il faut bien sûr indiquer une fin de 20^e siècle marquée par l'avènement de textes de portée internationale dans le champ de la justice des mineurs.

Ainsi, plusieurs instruments se sont développés depuis une quinzaine d'années qui ont une influence directe sur le développement du droit pénal des mineurs et sur les prises en charge des jeunes justiciables. Faisons état de ces sources de droit international, qui sont censées, sinon être appliquées telles quelles, à tout le moins inspirer tout droit national.

3.1 Revue des textes

3.1.1 La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant

Tout d'abord, la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant* (C.D.E.) du 20 novembre 1989. À ce jour, 191 États sur 193 ont signé et ratifié cette convention (à l'exception des États-Unis et de la Somalie), ce qui en fait un instrument de portée universelle.

Il y a beaucoup à dire sur cette convention, mais le propos doit se circonscrire ici. Remarquons toutefois, d'une manière générale, que cette convention introduit plusieurs notions fondamentales qui ont une influence directe ou indirecte sur l'administration de la justice juvénile :

- le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)
- le principe de non-séparation d'avec les parents (art. 9)
- l'obligation d'entendre la parole de l'enfant (art. 12)
- la responsabilité des parents (art. 18)

- l'interdiction de la peine capitale, de la torture, de traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 37)
- la privation de liberté vue comme mesure *ultima ratio* (art. 37 litt. b)
- la reconnaissance des droits procéduraux du mineur (art. 40)

La C.D.E. comprend deux articles qui font référence directe à la justice des mineurs (art. 37 et 40). Ce dernier article est consacré entièrement à la justice des mineurs, à quelques principes de base à respecter pour une justice juvénile spécifique (al. 1), à la procédure souhaitable applicable aux mineurs (al. 2), à la législation à prévoir (notamment sur l'âge minimal d'intervention et sur le recours systématique aux mesures extra-judiciaires) (al. 3) et au dispositif de prise en charge à mettre en place pour les jeunes délinquants.

Le domaine de la justice pénale des mineurs est, de tous les domaines des droits de l'enfant, celui où les traités internationaux ont été le plus développés, et ce, de manière assez curieuse, puisque ce n'est heureusement pas le domaine qui regarde le plus grand nombre d'enfants; au contraire, c'est un champ occupé par une minorité. Mais probablement que la position particulière du mineur face à l'État, considéré dans son rôle judiciaire et les enjeux en présence, notamment sur le plan des réactions sociales sous forme de privation de liberté, voire même de peine capitale, ont justifié cet intérêt prioritaire.

C'est aussi un domaine où il existe une certaine articulation entre les traités, où l'on a cherché, par différents textes il est vrai, à apporter une réponse globale à un phénomène - la délinquance des jeunes - et non des réponses partielles. Cette articulation est à souligner, car elle n'existe pas entre d'autres éléments du puzzle «droit de l'enfant». Elle est effectuée sur un mode logique : d'abord, des principes généraux destinés à la prévention de la délinquance juvénile, puis la question de l'administration de la justice des mineurs et enfin, le sort à réserver aux mineurs privés de liberté.

3.1.2 Les principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile

Si l'on suit la logique de cet ensemble, le premier texte à considérer est les *Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile* du 14 février 1990 (dits *Principes directeurs de Riyad*). La date de leur

acceptation n'est pas innocente, dans le sens où elle est postérieure à l'adoption de la *Convention des Droits de l'Enfant* et qu'elle fait donc référence implicite à ce texte fondamental et à la position de l'enfant considéré, depuis 1989, comme un être humain à part entière et donc détenteur de droits. Il s'agit de principes qui n'ont pas de valeur contraignante, sauf pour des points précis, déjà formulés dans la Convention et qui trouvent ici un développement ou une explication. La prévention de la délinquance juvénile est abordée d'une manière positive, soit comme la promotion du bien-être et de l'intégration sociale, composantes nécessaires pour éviter à un enfant de se manifester par des comportements délictueux.

Ce texte, pour important qu'il est, ne comporte que peu de règles directement applicables au domaine qui intéresse cette étude; on peut néanmoins retenir le chapitre six consacré à la législation et à l'administration de la justice pour mineurs.

3.1.3 Les Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs

C'est le texte suivant qui est le plus important pour la procédure pénale; il s'agit des *Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs* du 29 novembre 1985 (dites *Règles de Beijing*). Elles donnent aux États des lignes directrices pour tenir compte de la protection des droits de l'enfant et le respect de leurs besoins lors de l'élaboration de systèmes spécialisés de justice pour mineurs. Il s'agit donc là aussi de règles non contraignantes, mais qui comblent une lacune. En effet, tous les textes antérieurs établis par les Nations Unies (Pacte de 66 sur l'exercice des droits civils et politiques et minima pour le traitement des détenus de 1955) ne faisaient pas référence explicite à la justice des mineurs, d'où la nécessité de ce premier instrument international. Ces règles de 1985 sont donc antérieures à la Convention, mais il est intéressant de constater que la C.D.E. a repris les principales dispositions de Beijing pour leur donner ainsi une valeur contraignante. De très nombreux articles intéressent la procédure pénale proprement dite ou l'organisation judiciaire. Ce texte court (30 articles seulement) est important car il définit de manière très précise la manière dont

la justice des mineurs doit intervenir auprès des jeunes dans les trois phases de l'instruction, du jugement et de l'exécution.

À ce stade, citons de manière subjective et sous forme lapidaire 10 principes fondamentaux contenus dans ce texte :

- la nécessité d'un traitement équitable et humain;
- la déjudiciarisation par des alternatives;
- la prise en compte de la parole du mineur;
- la privation de liberté comme mesure de dernier ressort et la plus brève possible;
- la privation de liberté, réponse aux seuls cas graves;
- exclusion de la peine capitale et du châtiment corporel;
- le placement : mesure d'exception;
- spécialisation des organes de la justice des mineurs;
- objectif de la justice juvénile : la réinsertion;
- libération de la mesure dès que possible.

3.1.4 Les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté

Le troisième texte en la matière n'est pas dénué d'intérêt puisqu'il parle des règles à observer pour les mineurs privés de liberté, sujet souvent brûlant, parfois tabou. Il s'agit des *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté* du 14 décembre 1990 (dites *Règles de la Havane* ou RPL)

Troisième pilier de cet édifice, il a un objectif clairement défini : la protection et le bien-être des mineurs privés de liberté, c'est-à-dire de toutes les personnes de moins de 18 ans qui sont sous le coup d'une privation de leur liberté (soit sous forme de détention ou emprisonnement, soit sous forme de placement dans un établissement public ou privé), ordonnée par une autorité judiciaire, pour parer aux effets néfastes de la privation de liberté en garantissant les droits de l'enfant. Il est certain que dans la procédure, au moment où il va être question de détention préventive notamment, ces principes vont intervenir et devront inspirer également les législateurs.

D'ailleurs, une place particulière est réservée à la détention avant jugement et au respect de certaines règles pour les gardes à vue ou les séjours dans les commissariats de police. C'est, en effet, dans ce domaine que le plus grand nombre de lésions des droits de l'enfant sont commises à travers le monde.

Pour ces trois derniers instruments, il s'agit de recommandations qui n'ont pas comme tels une valeur contraignante pour les États. Cependant, les pays ne peuvent pas non plus les ignorer, les transgresser ou aller à fin contraire, puisqu'il s'agit de principes *minima* qui devraient être au moins respectés; comme indiqué, ces règles ne sont pas isolées mais font partie d'un tout logique et sont imbriquées les unes dans les autres. Il n'est donc pas raisonnable de les passer sous silence ou d'opérer un tri subjectif entre celles qui pourraient convenir à tel système et les autres... De plus, la C.D.E. agit comme un toit, sous lequel sont rangés ces textes spécifiques; de ce fait, elle accorde toute l'influence contraignante de ses grands principes à ceux contenus dans ces trois textes.

3.1.5 Le Modèle de loi sur la Justice des Mineurs

Il faut mentionner le dernier né : le *Modèle de loi sur la Justice des Mineurs* de septembre 1997 préparé par le *Centre des Nations Unies pour la Prévention internationale du Crime (Vienne)*. Ce texte a été formulé sur la base de 80 lois nationales recueillies et étudiées par le Centre, dans le but d'aider les pays qui n'ont pas encore de loi spécifique sur la justice des mineurs et qui entendent en mettre une en place ou les pays qui révisent leur législation, en leur proposant un canevas de loi, qui laisse ouvertes de nombreuses options et variantes pour être compatible avec le système législatif du pays concerné.

Ce texte prend appui sur les principes de la C.D.E. et sur les instruments internationaux cités ci-dessus; ce faisant, il explicite également ces traités et montre leur portée d'une manière concrète. On peut dire qu'il n'impose rien, mais qu'il inspire. Les solutions proposées sont basées sur le respect des droits de l'enfant et sont l'état le plus avancé des connaissances dans ce domaine.

Le *Modèle de loi* propose le chapitre trois consacré à l'organisation des instances spécialisées pour les mineurs et à la procédure qui doit s'y dérouler.

Il faut encore mentionner la parution récente du Guide des Normes internationales et des meilleures pratiques, conçu comme un manuel pour la formation pratique aux droits de l'homme et de tous ceux que la justice pour mineurs intéresse. Document donc très important qui non seulement répète les grands principes, mais encore indique comment les appliquer.

Intéressant aussi de souligner l'initiative prise par le gouvernement autrichien devant la Commission des Droits de l'Homme (23 avril 2002) pour inviter la communauté internationale à mieux prendre en compte les droits de l'enfant, lorsque ces derniers sont confrontés aux systèmes judiciaires et proposant, entre autres, un meilleur respect des règles de la Convention, une meilleure formation des agents de justices (juges, procureurs, avocats) et la production d'un manuel pratique *The child criminal justice manual*. Sans compter les moyens financiers à mettre à disposition par les gouvernements et l'aide technique que devraient apporter les agences onusiennes (UNICEF en tête).

Pour être complet, il faut encore faire état des **travaux actuels du Conseil de l'Europe**, qui a constitué un comité d'experts pour examiner la situation des mineurs délinquants (en 2000) et pour plancher sur des propositions utiles à faire aux gouvernements. Les premières conclusions devraient être connues en 2002.

3.2 L'esprit des textes

Il est bien clair que tout ce corpus de règles internationales inspire profondément tout État qui veut légiférer dans le domaine, soit en instituant une nouvelle loi, soit en révisant son ancienne loi. Ils influencent également toutes les réflexions de chercheurs et des professeurs qui sont actifs dans le domaine. Donc, même lorsqu'ils ne sont pas applicables comme tels car issus de textes légaux non contraignants, ils n'en demeurent pas moins des guides à suivre.

Il semble intéressant d'essayer de dégager l'esprit qui se cache derrière la lettre de ces textes et de voir si celui-ci a un impact sur les réformes législatives qui interviennent un peu partout dans le monde.

3.2.1 Les enfants ont des droits

Un premier principe qui semble s'imposer, c'est que les enfants ont des droits... cela semble un lieu commun en parlant des droits de l'enfant tel qu'il découle des articles 2, 3, 12 et 13. C.D.E. le met dans une position révolutionnaire, dans le sens où l'enfant a des droits qu'il peut exprimer et faire valoir, seul, de manière indépendante des adultes (parents, tuteurs, État, etc.). Il accède donc à une posture de sujet de droits. Dans le procès pénal qui lui est fait, cela lui confère évidemment des droits à tous les stades de la procédure, le premier étant bien évidemment d'être entendu.

Mais, à mon avis, ce droit va plus loin puisqu'il impose qu'à tous les stades de l'intervention pénale le mineur délinquant soit traité de manière à le faire «participer», c'est-à-dire de lui permettre de jouer un rôle constructif au sein de la communauté : l'article 40 al. 1 *in fine* ne dit d'ailleurs pas autre chose que cela : «... faciliter sa réintégration dans la société et lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.» Ce n'est pas seulement reconnaître des droits procéduraux, mais c'est demander aux instances judiciaires de mettre en avant des réponses intégratives, c'est-à-dire qui prennent en compte la nécessaire conscience du comportement fautif, ainsi que sa réparation.

Cette position nouvelle est-elle une mise en avant de la justice réparatrice? On pourrait le penser, dans le sens où la prise de conscience de la faute et la réparation sont le centre nerveux du modèle de justice réparatrice. La justice réparatrice est, clairement, celle qui favorise le plus la responsabilisation vis-à-vis de la société.

3.2.2 Une justice spécifique est nécessaire

Tous les textes examinés plaident pour le maintien d'une justice spécialisée pour les mineurs, différente de celle des adultes et qui poursuive des objectifs particuliers. Cette spécialisation se réclame du principe que les enfants ont droit à une protection particulière, y compris lorsqu'ils commettent des infractions, au vu de leur vulnérabilité, de leur personnalité en développement, de leurs besoins particuliers en éducation et de leurs «problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle» (*Règles de Beijing*, art. 4). Cette justice spécialisée ne doit pas seulement être regardée comme un organe pénal, mais comme un corpus qui fait partie du processus de développement d'un État et qui ne touche qu'un volet d'un vaste ensemble de dispositions pour la protection des enfants.

Prévention, promotion de conditions d'existence favorables aux enfants, protection et justice pour les mineurs délinquants, voilà les quatre piliers de la politique protectionnelle des États pour leurs enfants.

Cette affirmation d'une justice pour les mineurs distincte de celle réservée aux adultes doit aussi être organisée dans le respect des relations familiales et devrait accorder une place et un rôle particuliers aux parents, dont les enfants dépendent la plupart du temps. Cette dimension familiale ne doit pas être ignorée et constitue, probablement, l'une des caractéristiques de cette justice particulière. De nombreux articles rappellent cette exigence (art. 9 al. 4, 16 et 20 al. 1 C.D.E., art. 56 *Règles de la Havane*, etc.). Cela implique des conséquences pour la manière d'opérer les instances judiciaires et dans la procédure (droits des parents d'être avisés, d'être présents, de s'exprimer, de faire recours, etc.) et surtout dans la manière de mettre en œuvre les décisions judiciaires notamment lorsqu'il s'agit de mesures à visées curatives. Cela induit aussi un esprit très différent dans toute l'intervention de la justice pénale (et de ses services annexes) où la famille de l'auteur, loin d'être escamotée, se trouve impliquée étroitement, comme partie, mais aussi souvent comme partenaire.

Cette exigence de disposer d'une justice séparée, spécialisée, spécifique condamne-t-elle le modèle de justice? Non, pas plus qu'elle favoriserait le modèle dit de protection. Tant que le modèle dit de justice est un modèle spécialisé pour les mineurs, il respecte cette exigence. Là où est le problème,

c'est lorsque le modèle de justice va si loin dans son besoin de rétribution et de prévention générale qu'il oublie que l'enfant est un être à protéger et qu'il se vide de sa substance pour ressembler, à s'y méprendre, au modèle adulte.

3.2.3 Une constante : la privation de liberté est l'ultime ratio

«L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit [...] n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être aussi brève que possible» (art. 37 litt. b C.D.E.). Cette affirmation revient constamment dans tous les textes internationaux relatifs aux droits de l'enfant et exprime la grande interrogation des hommes par rapport à la mise à l'écart des enfants auteurs d'infractions, sous la forme de la privation de liberté. En un mot, on doute que cela puisse être efficace, donc on entend en limiter l'usage aux cas exceptionnels et que pour une durée limitée. Si l'on insiste tant sur cette prudence par rapport au recours à cette forme de sanction, c'est que l'on sait bien que la plupart des États ont établi la prison comme la réponse première à la délinquance des mineurs. Il n'y a qu'à se pencher sur les rapports du Comité des droits de l'enfant, pour voir que la plupart des États se font épingler en cette matière.

Ne pas recourir à la privation de liberté est un idéal, mais probablement difficile à atteindre ou qui exige alors des moyens différents, très onéreux, qui portent le nom de placements. Ce sont d'autres formes de privation de liberté qui ont des visées différentes (éducatives, thérapeutiques, de sevrage, etc.) et qui, il est vrai, échappent souvent à la rigueur de l'enfermement. Mais elles n'offrent pas toujours, non plus, toutes les garanties judiciaires pour les «bénéficiaires» (ou usagers), notamment quant à la durée.

Ne pas croire en la privation de liberté force à croire en la valeur des alternatives. Cette défiance générale a servi au développement important des alternatives dans presque tous les États et a justifié le recours fréquent au travail d'intérêt général, à la médiation et au traitement intermédiaire. Cela valorise aussi toutes sortes d'initiatives prises en matière technique comme les contrôles électroniques ou les mesures d'assignation à résidence, de privation temporaire des papiers d'identité, le dépôt de caution, bref, des mesures qui n'existaient absolument pas dans le droit pénal des mineurs et qui sont empruntées

directement au droit des adultes. Car dans ce dernier droit, il y a longtemps que l'on se méfie de la prison.

Malgré tout, il est clair que les États continuent et continueront à utiliser la prison pour leurs mineurs délinquants. La tendance est nette avec plusieurs législations récentes, comme celles de l'Angleterre, du Canada ou de la Belgique; pour les grands adolescents proches de la majorité, pour les récidivistes et pour ceux que l'on soupçonne de mettre en danger la sécurité publique, il n'y a toujours qu'une seule méthode : on les met à l'abri et à l'écart.

Cette constante défiance de la prison favoriserait-elle le modèle dit de protection? L'affirmer serait oublier que le modèle de protection n'est pas seulement un modèle basé sur la mesure, mais qu'il est aussi un modèle basé sur la sanction et que tous les modèles de protection en place connaissent aussi, d'une manière plus ou moins nuancée, la privation de liberté comme une des formes de réponse sociale, sous la forme du placement en institution, la plupart du temps.

4. QUELLE INCIDENCE? PLUS DE DROITS OU PLUS DE RESPONSABILITÉS?

Il est utile de se poser la question suivante : l'apparition des droits de l'enfant dans le domaine pénal a-t-elle amélioré le statut des enfants, respectivement amené les gouvernements à prendre des décisions nouvelles à leur endroit et à prévoir des modèles plus respectueux de ce statut? Ou au contraire, a-t-elle provoqué un durcissement des positions et des réponses sociales car plus de droits signifient aussi plus d'obligations?

On peut répondre tout d'abord que le nouveau statut de l'enfant a certainement amené de nombreux États à réviser la position de l'enfant dans les procédures pénales ouvertes à leur égard et à conférer plus de droits formels en cette matière : présomption d'innocence, droit d'être assisté d'un avocat, respect de règles strictes en matière de détention préventive, droit de recourir à tous les stades de la procédure, droit de voir sa situation évaluer périodiquement, etc. Sur ce point-là, on peut imaginer qu'il y a eu une avancée certaine.

Par contre, sur le droit de fond, on peut douter que le mouvement soit à une amélioration sensible de la situation des enfants. On a plutôt l'impression d'assister à un discours qui dirait que plus de droits = plus de responsabilités = plus de punition. Vous voulez des droits, chers enfants? D'accord, mais assumez vos responsabilités. Vous cassez, vous volez, vous blessez; d'accord. Et bien payez maintenant. Alors que l'on aurait pu assister à une évolution vers un statut de meilleure émancipation et vers une nouvelle position de participation des mineurs, on assiste plutôt à un retour du bâton. On est dans une symétrie droits = obligations, qui justifie cette évolution, contestable à mes yeux.

Le retour du droit qui pourrait être compris comme la réponse aux défauts du modèle de protection comporte donc des dangers sérieux et ne devrait pas nous leurrer. Plus de droits ou de meilleurs droits ou une nouvelle position de l'enfant en conflit avec la loi consiste à lui donner la parole, à l'entendre et à lui offrir la possibilité de participer à la décision prise à son égard. Elle ne consiste pas à lui donner raison envers et contre tout, mais elle ne devrait surtout pas se limiter à lui dire qu'il a simplement plus de garanties formelles, mais que le prix à payer est qu'il sera plus sanctionné. On aboutit alors à un net durcissement de la justice pénale envers les mineurs. Durcissement d'autant plus dangereux qu'il est légitimé par l'octroi de ces garanties formelles.

À mon avis, ce sont un peu les dangers du discours des droits de l'enfant en matière pénale, lorsqu'il sont mal compris, doublés du discours parfois exclusif de la justice réparatrice : on retombe dans les travers de la tarification, de la réparation systématique et l'on oublie tout simplement les besoins propres de l'enfant. Il y a là un piège, celui d'utiliser la notion de bien de l'enfant contre son intérêt, car il est évident que l'on peut mettre un enfant en prison... pour son bien !

Responsabiliser ne veut pas dire punir davantage, mais faire comprendre, préparer à exercer, de manière autonome, des droits et inciter à changer un comportement lorsqu'il met en danger les autres et soi-même.

5. QUELQUES EXEMPLES EUROPÉENS

Pour essayer, non de sortir du débat protection / rétribution (en sortira-t-on jamais?), mais de voir comment les différents pays ont répondu au défi de l'aggravation quantitative et qualitative de la délinquance des mineurs et du maintien d'une justice spécifique pour ceux-ci, nous allons examiner quelques législations européennes récentes. Il s'agit d'une vision à haute altitude; chaque système mis en place est nuancé, subtil et ne peut être compris parfaitement que si on en examine l'application concrète. Cela dépasse, bien sûr, le cadre de cet exposé. On se bornera donc à indiquer les principales tendances et les grandes innovations. C'est donc plus une présentation conceptuelle qu'analytique.

5.1 L'Angleterre

Le gouvernement anglais actuel a fait de la délinquance des jeunes l'une de ses cinq priorités et a réformé le *Youth Justice System* par la promulgation de cinq actes législatifs :

- Le *Crime and Disorder Act* (CDA) (1998)
- Le *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999)
- Le *Powers of Criminal Courts Act* (2000)
- Le *Criminal Justice and Courts Service Act* (2000)
- Le *Criminal Justice and Police Act* (2001)

Ces textes se complètent les uns les autres et leurs relations entre eux sont assez compliquées. Il n'en sera pas question; ce qui nous intéresse est de signaler les options retenues et le système mis en place.

D'une manière générale, on peut dire que le débat ne s'est pas focalisé sur la question protection versus justice, mais s'est centré sur une approche pragmatique marquée par :

- l'extension de la notion de responsabilité. Le nouveau *Crime and Disorder Act* abolit l'ancienne conception dite de *doli incapax* qui permettait aux enfants de 10 à 13 ans d'échapper à la responsabilité pénale car présumés incapables de distinguer le bien du mal. Dorénavant, tous les mineurs, dès 10 ans, sont présumés responsables;

- l'introduction de mesures de surveillance des enfants non seulement auteurs d'infractions, mais à risque, par l'instauration notamment du couvre-feu (*curfew*), pour les enfants jusqu'à 15 ans qui peuvent être interdits de sortie après 21 heures. Le couvre-feu peut être décrété localement (pour tous les enfants) ou dirigé, notamment, par le prononcé d'un *Child safety order* envers tel enfant dont on pense qu'il est à risque. Il faut noter ici qu'on sort pour la première fois, en Angleterre, du principe de la légalité pour imposer des mesures pénales à des enfants, non sujets pénaux et non auteurs d'infractions;
- l'introduction du *Parenting Order*, c'est à dire, l'ordre imposé aux parents d'un jeune délinquant ou d'un enfant à risque (objet d'un *Child Safety Order*) de se soumettre à des conseils, session de «guidance éducative» ou autres. Ces ordres peuvent aussi être soumis à des parents qui ne scolarisent pas leurs enfants. Ces ordres sont données par la Cour et leur non-respect est passible d'amende jusqu'à £ 1'000.-. L'idée est de responsabiliser les parents; elle va encore plus loin avec l'annonce du gouvernement Blair, le 28 avril 2002, de couper les subventions des parents d'élèves récidivistes et d'introduire les policiers dans les centres scolaires;
- l'utilisation fréquente de l'imposition de l'*Anti-social Behaviour Order*, mesure civile imposée aux jeunes qui ont des comportements limite (mauvais voisinage, tapage, propos raciste, etc.) mais pas vraiment délictuels. Le non-respect de ce ASBO constitue nouvellement une infraction. L'idée ici est d'améliorer les rapports dans la communauté, en criminalisant un certain nombre de comportements que l'on n'arrive pas à régler. On peut se poser la question de savoir si cette confusion entre mineurs «dérangeants» et mineur «délinquants» est heureuse.

Ces quatre nouveautés signent indubitablement un durcissement net de la législation britannique envers les jeunes délinquants.

L'Angleterre a cependant voulu aussi s'ouvrir au mouvement général de la justice réparatrice en insérant dans son système de *Youth Justice* les principes de *restorative justice* : confrontation auteur et victime, médiation, réparation. Mais là aussi, le leitmotiv est la responsabilisation du mineur. Ici, deux formes introduites par la loi :

- le *Reparation Order* qui est imposé au jeune reconnu coupable dans l'idée de réparer sa faute, soit directement envers la victime, soit indirectement envers la communauté (par un travail d'au maximum trois mois);
- le *Youth Offender Panel*, qui est une sorte de diversion ou de déjudiciarisation. Pour le mineur qui est dénoncé pour la première fois, pour autant qu'une mesure de privation de liberté n'est pas requise, il est adressé à ce *panel* qui va organiser la confrontation auteur et famille / victime / communauté, dans le but de trouver un mode de réparation acceptable pour tous qui permette au mineur de «se racheter»; si ça ne marche pas ou si le mineur ne s'exécute pas, il sera alors renvoyé au Tribunal. Ces *panels* sont une émanation des *family group Conference* sur le modèle néo-zélandais ou australien et sont formés de citoyens choisis pour leur bon sens et leur dévouement et non pour leur formation (ce sont des laïcs).

Il faut mentionner aussi que dans l'idée pragmatique de réduire les délais et d'assurer des réponses rapides, efficaces et moins coûteuses, la situation anglaise laisse un assez large pouvoir à la police qui peut opérer, lors de son intervention, un tri : soit ne pas dénoncer, soit admonester le mineur, soit le soumettre à une période probatoire, soit le dénoncer au Tribunal. On introduit ici une sorte de principe d'opportunité laissé en main de la police; est-ce bien raisonnable?

Pour la question des jeunes délinquants qui posent des actes graves, qui récidivent et qui mettent en danger la sécurité, l'Angleterre a recours soit à la prison, soit à des centres fermés (centres de sécurité) pour 4, 6, 8 ... jusqu'à 24 mois. Pour les crimes les plus graves (ceux punis d'au moins 14 ans de prison pour les adultes) on a alors l'emprisonnement de durée indéterminée *at her Majesty pleasure* (art. 90 et 91 *Powers of Criminal Courts Act 2000*) : cette privation de liberté s'exécutera dans des centres de sécurité pour mineurs, puis dès l'âge de 18 ans dans des prisons pour adultes. Les condamnés ne pourront pas être relâchés avant qu'ils aient accompli une période minimale fixée par le Tribunal et appelée «le tarif».

Pour les mesures entre la réparation et la prison, l'Angleterre fait beaucoup appel aux *Community Sentence*, comme *Attendance centre Order*,

Supervision order, etc. Ces mesures intermédiaires sont basées sur des méthodes de traitement (genre traitement intermédiaire) inspiré d'une conception cognitivo-comportementale utilisant :

- le suivi de programme régulier par un *probation officer*,
- une intervention fixée dans le temps,
- l'accent principal lié à la nature de l'infraction,
- l'intervention à la fois individuelle et à la fois basée sur le groupe,
- l'appel aux valeurs de la communauté,
- le développement d'un éventail de possibilités d'occupation (sport, loisirs, culture, scolarité, etc.)

Ces mesures sont en principe mises en place et vérifiées par des *Youth offending team*, organisées au niveau local et qui utilisent les compétences respectives du travail social, de la santé, de l'éducation, de la criminologie et du droit.

Terminons en mentionnant le recours à la surveillance électronique, soit par la pose du bracelet électronique, ou aux mesures qui font appel à la reconnaissance de la voix (contrôle téléphonique).

Le nouveau système anglais de justice juvénile est typiquement de nature justice et se démarque clairement par une responsabilisation accrue des jeunes délinquants - et aussi de ses parents. Il n'est, heureusement, pas basé uniquement sur la privation de liberté, puisqu'il connaît toutes les mesures réparatrices; mais celles-ci n'ont qu'une portée limitée puisque réservées aux primo-délinquants, qui commettent des infractions de peu de gravité. On doit relever le souci sécuritaire du gouvernement anglais, comme les décisions de portée économique. On croit à l'intervention de type comportementaliste et, lorsque les choses deviennent graves, on recourt à la privation de liberté. Mais celle-ci n'est pas réponse unique, ni systématique. On ne peut s'empêcher, en étudiant la nouvelle organisation anglaise, de noter l'influence importante des idées néo-libérales de contrôle des coûts, de *public management* et de rentabilité. On doit aussi s'interroger sur le rôle important laissé à la police (au détriment des droits de l'enfant?) et sur l'efficacité des *Youth Offender Panels*

qui fonctionnent sur une base de bénévolat et de non spécialisation (au détriment de la spécialisation et de la qualité de l'intervention?).

5.2 La Belgique

La situation législative de la Belgique est assez compliquée. En bref, actuellement, les jeunes délinquants sont régis par la *Loi du 8 avril 1965*, dite *Loi de Protection de la Jeunesse* qui est une loi générale visant la protection sociale dans son ensemble, la protection de la jeunesse en danger et la protection judiciaire de la jeunesse, via le Tribunal de la jeunesse; c'est ce dernier volet qui nous intéresse car il fixe l'organisation des Tribunaux de la Jeunesse, dit quand et comment le Juge de la jeunesse peut intervenir et prévoit le mécanisme de dessaisissement pour les grands adolescents récidivistes. Cette loi de base est toujours en vigueur, mais sa portée a été relativisée par la réforme de l'État belge et le glissement vers un état fédéral, qui a vu un transfert de compétences de l'État central vers les communautés (en 1985, Communauté flamande; en 1991, Communauté française; en 1995, Communauté germanophone). Cela provoque la scission des matières (décret du 4 mars 1989) :

- Le Tribunal de la jeunesse voit ses attributions recentrées sur les mineurs délinquants (compétence fédérale);
- Les instances administratives reçoivent la compétence pour les mineurs en danger (compétence communautaire).

Entre 1982 et 2000, de nombreux projets de modification de la loi belge ont été conçus, sans qu'aucun n'aboutisse (Projet Gol 1982, projet Cornelis 1996, projet Walgrave 1998). C'est le plan fédéral de sécurité qui a remis l'ouvrage sur le métier en fixant comme priorité la lutte contre la délinquance juvénile pour aboutir au projet MAES (2001).

La loi de 1965 est une loi d'inspiration clairement protectionnelle donnant une place privilégiée au Juge de la jeunesse, au modèle médical, au rôle confus du juge entre mineurs délinquants et mineurs en danger qui provoquent un contrôle social important (même si la communautarisation a gommé cet aspect), à la place restreinte laissée aux droits procéduraux des jeunes prévenus et à la priorité de la mesure.

Les critiques envers cette loi n'ont pas été tendres d'où les projets de réforme visant à repénaliser l'intervention judiciaire, notamment envers les mineurs proches de 18 ans qui commettent des infractions graves. On reproche à cette loi d'oublier les victimes et de n'être pas assez soucieuse du besoin de sanction qu'éprouve le public. Il faut dire que la loi (art. 37) ne prévoit pas de peine : uniquement la réprimande, la mise sous surveillance d'un service social, le placement chez un privé ou dans une institution appropriée ou d'observation ou d'éducation surveillée; les mesures alternatives (TIGE) existent (art. 37 al. 2) mais sont peu développées. Pour les jeunes difficiles, la Belgique pratique un système particulier, ayant aménagé le dessaisissement des mineurs de plus de 16 ans pour lesquels une mesure de garde, de préservation ou d'éducation paraît inadaptée (art. 38) à la justice pénale des adultes; c'est donc la justice des adultes qui punit ces cas.

Sous le feu de ces critiques, la Belgique a donc un nouveau projet dû à Christian MAES, Magistrat. Ce projet se caractérise par

- un refus de choisir le système «protection» ou le système «justice», mais fonde son choix sur une option pragmatique. L'accent doit être mis sur la protection, l'aide, l'accompagnement pédagogique, la réparation, la protection de la société, la sanction-responsabilisation. Donc, ce projet tente de concilier tous les points de vue;
- un maintien des instances spécialisées avec, si possible, une meilleure formation des magistrats et une plus forte attractivité pour la profession. L'instance spécialisée ne s'occupe que des mineurs délinquants : les mineurs en danger sont de la compétence administrative;
- une meilleure protection des garanties juridiques donnée aux mineurs délinquants tout au long de la procédure;
- l'introduction de la justice réparatrice par l'accession de la médiation à tous les stades de la procédure (instruction, jugement, exécution);
- l'augmentation de l'éventail des possibilités offertes au Juge de la jeunesse : réprimande, suspension du prononcé avec obligations (notamment de réparation), placement résidentiel thérapeutique, placement résidentiel pédopsychiatrique, peine de travail d'intérêt général, amende dès 16 ans, séjour dans un établissement fédéral fermé,

internement. Le dessaisissement est limité aux seuls cas où l'auteur est découvert après sa majorité;

- une approche sanctionnelle plus claire avec application du principe de la proportionnalité, dans la perspective du besoin de sécurité de la population : le mineur doit être confronté à son acte. On lui reconnaît progressivement une plus grande capacité et il est mis face à ses responsabilités;
- l'idée du placement en régime fermé reste l'*ultimum remedium*, selon le terme utilisé;
- le Juge de la jeunesse unique disparaît au profit du Juge de la jeunesse instructeur, du Tribunal de la jeunesse (jugement) et du Juge de la jeunesse applicateur ou exécuter, différent des deux premiers.

Le projet belge est très avancé et manifeste clairement un regain de l'intérêt pour le pénal et se dirige vers une espèce de reformatisation de la justice marchant au tarif, même si l'auteur du projet revendique l'idéal de protection, de prise en charge pédagogique et indique que «l'idée de probation n'est jamais absente du projet». On peut dire que ce projet déplace le centre de gravité de la loi actuelle de l'intérêt du mineur vers l'intérêt de la société et qu'il opère une repénalisation importante. Sous prétexte d'absence de modèle et de pragmatisme, il fait glisser la position belge lentement, mais sûrement, du modèle protection vers le modèle justice.

5.3 L'Espagne

L'Espagne a la loi la plus moderne (au sens nouvelle) d'Europe puisqu'elle date du 12 janvier 2000 et qu'elle est entrée en vigueur le 13 janvier 2001; elle remplace l'ancienne loi de 1948, qu'un jugement de la Cour constitutionnelle de 1991 avait mis à mal, en raison d'un manque de garanties offertes aux mineurs délinquants. Elle s'intitule *Ley organica de la responsabilidad penal de los menores*.

Cette loi est basée sur les principes généraux suivants :

- l'intérêt de l'enfant et son éducation sont les deux principes qui doivent guider l'esprit de cette loi et le choix des mesures pour les mineurs délinquants;

- ces deux principes ne doivent pas seulement être examinés du point de vue juridique et formel, mais aussi grâce à des critères «techniques» mis en place par les spécialistes du domaine de l'enfance;
- les mineurs délinquants doivent se voir assurer les mêmes garanties procédurales que les adultes, sauf que pour les mineurs s'applique, en plus, le principe de l'opportunité de la poursuite;
- la privation de liberté sous forme de prison est abolie;
- l'âge de la responsabilité pénale est élevée de 12 à 14 ans (zone pénale mineurs = 14 à 18 ans).

On peut donc affirmer, en préambule, que l'Espagne s'est tournée résolument vers le modèle protectionnel, dans son esprit, tout en offrant les garanties procédurales aux mineurs, comme le demandent les grands textes internationaux.

Si l'on examine d'un peu plus près le système mis en place, il faut noter que la loi distingue très clairement les mineurs délinquants et les mineurs en danger; les premiers sont concernés par la dite loi, les seconds ressortissant au droit civil. Ensuite, tous les organes de la justice pénale qui interviennent sont des organes spécialisés, ce qui n'était pas le cas avant; que ce soit la police, le Procureur chargé de la poursuite, le Juge qui tranchera, l'avocat qui assiste le mineur ou même l'autorité de recours (même pour les actes de terrorisme), de même les services techniques qui doivent assister le Tribunal, sont des services spécialisés puisque la Loi prévoit que les tribunaux doivent s'adjoindre un corps de psychologues, pédagogues et travailleurs sociaux.

La loi nouvelle n'étant pas basée sur la privation de liberté a prévu les sanctions suivantes :

- l'admonestation,
- le retrait des permis de conduire ou d'autre permis,
- l'accomplissement de tâches socio-éducatives (participation à des cours)
- le travail d'intérêt général jusqu'à dix heures, voire deux cents heures (actes graves),
- les arrêts de week-end (maximum 8) du vendredi après-midi au dimanche soir, à effectuer à la maison;

et les mesures suivantes :

- le suivi ambulatoire pour les troubles psychologiques ou les problèmes de dépendance,
- le soutien éducatif ou surveillance et contrôle par un professionnel de l'éducation,
- la fréquentation d'un centre de jour,
- le placement chez un privé, une famille ou un groupe de vie,
- le placement à visée thérapeutique,
- le placement dans un centre ouvert,
- le placement dans un centre semi-fermé,
- le placement dans un centre fermé.

Pour les mesures de placement, celles-ci durent en principe au maximum deux ans, sauf pour les actes très graves (impliquant l'utilisation de la violence, la mise en danger de la sécurité publique) : jusqu'à cinq ans. En cas de meurtre, assassinat ou autre, le placement en centre fermé peut aller jusqu'à huit ans.

La nouvelle loi a cédé aux sirènes de la justice réparatrice, mais n'est pas allée jusqu'à offrir à la victime une place entière : son rôle est encore limité. Ainsi la victime ne peut intervenir que dans les affaires graves et qui sont dirigées contre des mineurs de plus de seize ans. La victime a alors un rôle de «partie civile à compétences limitées».

La médiation est envisagée aussi bien dans la phase de l'instruction comme moyen de classement en cas de succès que comme mesure *sui generis* lors du jugement. Dans la pratique, il semble toutefois que la médiation soit réservée à des affaires d'importance faible à moyenne, mais qu'elle soit exclue pour les affaires graves.

L'Espagne est confrontée au terrorisme (ETA); les organisations terroristes utilisent fréquemment des mineurs pour diverses tâches, soit militaires, soit de logistique. Elle a donc prévu une loi spéciale qui donne la compétence de ces affaires à la section du Tribunal des mineurs du Tribunal de l'État. La durée maximale du placement en milieu fermé peut alors atteindre dix ans pour un mineur terroriste de plus de seize ans au moment des faits.

Pour l'heure, les praticiens jugent à satisfaction la nouvelle loi, résolument protectionnelle. La question impertinente que l'on peut se poser est celle de la transformation de la peine privative de liberté en placement en milieu fermé. A-t-on réellement changé quelque chose? Cette nouvelle mesure offre-t-elle les garanties nécessaires aux jeunes délinquants auteurs d'actes graves?

5.4 La Suisse

La Suisse a un système de prise en charge des jeunes délinquants que l'on nomme droit pénal des mineurs et qui se trouve prévu, pour le droit matériel, dans le code pénal suisse (art. 82 à 99 C.P.S.) et, pour le droit formel et l'organisation judiciaire, dans les 29 codes de procédure existants (26 cantonaux et 3 fédéraux). Ce système est trop compliqué pour qu'on l'explique dans les détails, mais il est par ses options assez simple.

On peut dire que le système actuel qui date de 1937 (entrée en vigueur en 1942, avec un seul *lifting* en 1971) est typiquement d'inspiration protectionnelle. Sa date de conception l'atteste d'ailleurs. Cette partie protectionnelle est marquée par :

- le poids mis sur la personne de l'auteur et non sur l'acte commis, encore moins sur l'intérêt de la société;
- la priorité accordée à la mesure éducative qui prime la peine et en principe l'exclut (principe du monisme judiciaire);
- les objectifs déclarés : éducation, prévention, soins;
- le rôle central du juge qui intervient aux trois stades de la procédure (instruction, jugement, exécution);
- la timidité des droits procéduraux reconnus aux mineurs délinquants;
- le rôle important accordé au pourtour du mineur délinquant (parents, famille, école, clubs, etc.) dont l'avis est largement entendu;
- l'aspect de justice négociée basé sur le principe qu'une mesure éducative imposée sans un degré minimal d'adhésion de l'intéressé risque d'être contra-productive;
- l'aspect *ultima ratio* de la privation de liberté dont le maximum est fixé à un an et dont l'exécution doit s'effectuer en institution d'éducation, dès qu'elle dépasse un mois.

Cette loi qui s'est ouverte en 1971 à l'idée de réparation par l'introduction du travail d'intérêt général a fait l'objet des critiques habituelles réservées au système protectionnel : pas assez de droits aux mineurs, pas assez de punitions, pas assez de place pour la victime, pas assez de transparence, trop de pouvoir au juge. À tel point que le chantier de la révision a été ouvert en 1986 et devrait aboutir prochainement avec deux projets :

- le projet d'une loi matérielle, détachée du code pénal, nommée *Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs*, actuellement bien avancée et en discussion finale au Parlement,
- le projet d'unification de la procédure par un projet de *Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs*, actuellement en consultation.

Ces deux projets sont importants et complémentaires et ils devraient aboutir dans un avenir proche (2003 pour le droit matériel et juin 2005 pour la procédure).

On peut dire de ces projets que la Suisse reste fidèle au modèle protectionnel, comme l'Espagne, et qu'elle aménage ce modèle de manière à gommer les principales critiques. On relèvera les innovations suivantes :

- tout d'abord, les lois (matérielles et formelles) se détachent des lois des adultes (C.P.S. ou C.P.P.). C'est surtout un détachement symbolique destiné à bien montrer la spécificité de l'intervention judiciaire pour les mineurs délinquants;
- ensuite, la limite d'intervention inférieure (actuellement 7 ans) s'élève à dix ans. On ne peut pas parler vraiment de responsabilité pénale puisque les sanctions type (amende et privation de liberté) ne sont pas administrables avant 15 ans on parle ici de seuil d'intervention, permettant au juge pénal le prononcé de mesure;
- la priorité de l'intervention reste basée sur la prévention et le soin, et la mesure éducative reste prioritaire. Par contre, la nouvelle loi permettra le cumul mesure et peine, lorsque cela paraîtra nécessaire;
- pour la responsabilisation des mineurs commettant des infractions graves, répétitives et mettant la sécurité d'autrui en danger, on continue

- à croire aux vertus du traitement institutionnel classique, mais aussi du traitement institutionnel fermé;
- la privation de liberté reste l'*ultima ratio* et de nombreuses alternatives sont prévues : travail d'intérêt général, participation à des cours, amende, etc.;
 - cependant, la privation de liberté prend plus de consistance, en élevant son maximum à quatre ans (actuellement 1 an) pour des cas exceptionnels. C'est une réponse ici aux intérêts du public et de l'État qui exigent une peine digne de ce nom. Les conditions d'exécution de cette peine sont néanmoins d'inspiration éducative;
 - la prise en compte des droits des mineurs délinquants dans la procédure et l'intégration des exigences internationales par un renforcement de la position du mineur, de ses parents, de son conseil et des possibilités de se détacher contre les décisions du juge;
 - la relativisation des pouvoirs importants du juge unique par les possibilités de récusation sans motif ou de recours;
 - enfin, pour redonner une place à la victime, l'entrée de la médiation dans la procédure, soit au moment de l'instruction, comme possibilité de classement, soit comme décision de jugement. La médiation existe déjà mais est discrète et est utilisée de manière «pilote» par certaines instances. Sa consécration dans les deux nouvelles lois permettra un recours plus systématique et surtout le développement concret de service de médiation et la formation professionnelle de médiateurs de justice.

La Suisse n'a pas fait la révolution. On peut dire qu'elle a gardé ce qui fonctionne bien dans son système et elle l'a adapté à l'évolution de la société et aux nouvelles manifestations de la délinquance. Elle a surtout voulu gommer les défauts du système, en renforçant les droits individuels des mineurs, en précisant la place des parents et en réduisant l'omnipotence du juge. Elle n'a pas cependant cédé à l'appel sécurisant de certains pour se rapprocher de la justice des adultes. La justice juvénile reste différente et croit encore aux vertus de la prévention, de l'éducation et du soin; elle tente de garder la mise à l'écart comme le moyen du dernier recours, ainsi que le postulent les grands textes internationaux.

5.5 La France

Et que dire de la France, dont l'*Ordonnance de 1945* représente, à mon avis, le type même d'un système de protection? Depuis l'adoption de cette ordonnance vieille de bientôt soixante ans, la France s'est maintes fois interrogée sur son système et l'a modifié, partiellement, à 26 reprises, dont 10 au cours des dix dernières années, mais n'a jamais renié l'esprit de protection qui dirige son intervention face aux mineurs, notamment la double compétence du juge des enfants, tout à la fois magistrat de la jeunesse délinquante et gardien de la jeunesse en danger.

Une grand chantier avait été mis en travail en 1997 par une mission confiée par le Premier Ministre de l'époque à un groupe d'étude chargé de réfléchir sur la délinquance des jeunes et sur les réponses à lui apporter. La mission a produit un gros rapport, connu sous le nom de Rapport Lazerges et Balduyck, du nom de deux parlementaires membres de la Commission, qui a amené de très nombreuses propositions, mais qui n'a pas remis en question la nature de l'intervention face aux jeunes délinquants, ni modifié le caractère avant tout protectionnel de la loi française.

Les dernières modifications de la loi ont surtout porté sur les possibilités d'intervention rapide face aux jeunes infracteurs, sur plus de garanties à offrir aux enfants, sur l'introduction de la réparation (médiation, travail d'intérêt général) et sur les prises en charge éducatives, en institution de jeunes avec des difficultés sérieuses. Citons les innovations suivantes :

GARDE À VUE : Un avocat, y compris commis d'office par le bâtonnier, peut intervenir dès le début et s'entretenir avec le mineur (ainsi que pendant toute la procédure et lors de l'audience de jugement). Les interrogatoires des mineurs placés en garde à vue font l'objet d'un enregistrement audiovisuel (mise en application depuis le 16 juin 2001).

MAISONS ET ANTENNES DE JUSTICE ET DU DROIT : Ce sont des structures mises en place hors des palais de justice pour développer une «justice de proximité» s'adressant à l'ensemble de la population mais utilisées aussi pour les mineurs. Elles permettent d'y effectuer des «rappels à la loi», à donner des «avertissements» ou à faire des «médiations pénales», notamment à l'initiative

du procureur de la République(PR), qui saisit des délégués du procureur issus de la société civile. Plus spécifiquement pour les mineurs pourra être prise une MESURE ou une ACTIVITÉ D'AIDE ou de RÉPARATION à l'égard de la victime (avec son consentement) ou dans l'intérêt de la collectivité. Celle-ci est proposée avant l'engagement des poursuites par le PR avec l'accord préalable du mineur et des titulaires de l'autorité parentale, ou proposée selon les mêmes modalités pendant l'instruction ou encore décidée par jugement après recueil des observations du mineur et des parents.

Le TRAVAIL D'INTÉRÊT GÉNÉRAL (T.I.G.) existe déjà depuis quelques années. Il peut s'appliquer à des mineurs de plus de 16 ans reconnus coupables et avec leur accord. Le TIG peut avoir une durée de 40 à 240 heures et être décidé seul ou assorti d'une peine de prison avec sursis.

PLACEMENTS : Outre les placements «classiques», notamment dans les «Foyers d'action éducatives» (FAE) ou dans des placements familiaux, ont été mis en place depuis 1999 deux nouvelles structures :

Les CENTRES DE PLACEMENT IMMÉDIAT (C.P.I.) comportant 12 places pour une durée de 1 à 3 mois, destinés à évaluer les difficultés du mineur, d'effectuer des bilans de santé, psychologique, scolaire ou professionnel et de proposer *in fine* au juge une orientation. En 2001, 43 sont ouverts et 7 programmés sur 2002.

Les CENTRES ÉDUCATIFS RENFORCÉS (C.E.R.) sont de petites unités de 5 ou 6 places avec un encadrement de 5 ou 6 éducateurs qui prennent en charge 24 heures sur 24 des mineurs délinquants multirécidivistes ou en grande marginalisation pour un séjour de rupture par un éloignement géographique et un programme d'activité intensif (par exemple, projets humanitaires, travaux d'utilité collective, métiers de la mer, sport, etc.) En mars 2002, 51 sont ouverts, 11 en projet validé, 23 en cours d'instruction. Tant pour les C.P.I. que pour les C.E.R., il ne s'agit pas de structures fermées.

DÉTENTION PROVISOIRE (avant jugement) : Depuis le 1^{er} janvier 2001, le juge des enfants ou le juge d'instruction des mineurs ne peut plus placer en détention provisoire au cours de l'instruction. Il doit saisir un nouveau juge,

le «juge des libertés et de la détention», qui décide de décerner ou non le mandat de dépôt.

APRÈS JUGEMENT : La DISPENSE DE PEINE et l'AJOURNEMENT sont également applicables aux mineurs depuis quelques années.

Le PLACEMENT SOUS SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE est également applicable juridiquement aux mineurs condamnés à une peine de prison n'excédant pas une année ou lorsqu'il reste un reliquat n'excédant pas une année. Il peut être décidé par le juge de l'application des peines ou demandé à celui-ci par le P.R. ou le condamné (ou avec le consentement de ce dernier et l'accord des parents).

6. CONCLUSION

6.1 Quoi de commun?

En reprenant les exemples que nous venons de donner, l'on s'aperçoit qu'il n'y a toujours pas unanimité à répondre à la délinquance des jeunes et que certains États cherchent des réponses plus rétributives que d'autres, alors que la problématique est partout identique. En fait trois types de délinquance sont à traiter :

- la délinquance dite identitaire (ou ubiquitaire) qui est liée à la transgression traditionnelle du passage de l'adolescence à l'âge adulte;
- la délinquance pathologique, liée à des troubles importants de la personnalité;
- la délinquance d'exclusion, qui est liée à des causes sociales importantes : chômage, non-intégration, migrations, échec scolaire, utilisation de produits, manque de perspectives.

Pour les deux premières manifestations de la délinquance, tout le monde est d'accord pour trouver des réponses souples, légères, non-stigmatisantes. C'est pour la troisième forme, la plus difficile, celle qui compte les manifestations les plus graves et les délinquants les plus lourds et souvent récidivistes ou multi-récidivistes, que les avis divergent et les modèles s'affrontent. D'aucuns fondent leur intervention sur le besoin de sécurité de la

société (Belgique et Angleterre); d'autres continuent à centrer leur action sur des principes éducatifs visant à transformer l'auteur (Espagne, Suisse, France).

Deux concessions de tous les systèmes à des évidences nouvelles :

- il est nécessaire de réintroduire la victime dans le procès et de responsabiliser les auteurs, d'où une large place aux principes de la justice réparatrice;
- les enfants doivent voir leurs droits procéduraux reconnus, comme l'indique la *Convention des droits de l'Enfant* et les textes nés dans son sillage (*Règles de Riyad, de la Havane, Loi Modèle*).

6.2 Chercher du sens

Au moment où les hommes ont inventé une justice spécialisée pour les mineurs, il y a un peu plus de cent ans, ils essayaient de sortir de la logique rétributive, ils voulaient éviter les échecs de la prison, ils tentaient de donner une place nouvelle à l'enfant, objet de protection et porteur de vulnérabilité. Ils imaginèrent alors un modèle de protection qu'ils bâtirent sur une notion toute de générosité : le bien de l'enfant. Ils s'éloignèrent de l'acte - et donc du passé - pour se centrer sur l'avenir. Ce fut un acte de foi dans la capacité des êtres d'évoluer, dans la force des parents de trouver des ressources, dans les compétences des services d'inventer des solutions nouvelles et dans la maîtrise du magistrat d'évaluer objectivement l'intérêt du jeune mineur convaincu d'un délit.

Certes, ce modèle a des lacunes et doit être critiqué pour ce qu'il n'a pas assez pris en compte : la position de l'enfant dans la procédure (trop faibles garanties accordées) et le rôle réduit de la victime, oubliée par les préoccupations éducatives. Mais ce sont là des défauts que l'on peut soigner : on en a des exemples en Espagne et en Suisse (à venir).

Les modèles que l'on nous propose aujourd'hui, à l'instar des projets belges ou anglais, se réclament du pragmatisme ou d'objectifs ponctuels et rejettent toute forme de paternité, comme s'ils avaient peur d'un lieu de filiation. Notre fin de XXe siècle a escamoté le père, la règle et la loi; nos systèmes

d'intervention pour les jeunes délinquants vont-ils aussi effacer toute référence symbolique?

Il paraît nécessaire au moment où une loi est mise sous toit que les présupposés sur lesquels on se base soient clairs : philosophie générale comme modèle(s) de référence. Sinon, on risque la confusion, la démarche purement factuelle et l'absence de permanence. Une loi a aussi sa charge symbolique; un système doit avoir son ancrage. Pour moi, il est difficile d'admettre un système mixte qui prendrait une pincée de ceci, un zeste de cela et des épices diverses, récoltées un peu au hasard de la mode du moment.

Un État doit donc oser dire à quel modèle il entend ancrer sa justice pour les mineurs et quels objectifs il veut atteindre.

Comment donc répondre le mieux à l'aggravation de la délinquance et aux besoins de sécurité de la Cité? Probablement, en permettant aux victimes de prendre part au procès et en donnant une meilleure transparence de l'action de la justice juvénile qui est restée trop longtemps secrète. Les éléments de justice réparatrice contiennent des ingrédients pour associer la communauté à l'exercice de cette justice particulière, mais en responsabilisant à l'excès, elle repénalise et contient les germes pour glisser vers une application sans nuance des principes tarifaires.

Le modèle de justice qui s'appuie sur l'idée de faute du mineur et sur le prix à payer recèle en lui les périls de l'abandon de la justice spécialisée en tendant à ressembler toujours plus à la justice des adultes. Prenant appui sur la forme, sur le symptôme, il oublie les causes et le fond. Il ne traite pas, il maltraite, serait-on tenté de dire.

Quel est l'avenir pour les systèmes d'inspiration justice? La sanction peut-elle suffire? L'histoire nous a appris que la sanction n'avait guère d'effet dissuasif, encore moins d'effet éducatif. Elle a l'effet très souvent d'écarter le délinquant de la société, de le révolter, de le fixer dans la criminalité. Cela est évident dans la justice des adultes (taux de récidive). A-t-on raison de renforcer les dispositifs de rétribution pour les mineurs délinquants? Je pense que cette politique, à terme, est dangereuse; en donnant l'illusion momentanée d'une meilleure sécurité, elle nourrit en fait une révolte profonde et ne règle aucun

problème. Elle peut nous faire penser à certaines politiques actuelles qui visent à la solution du problème par l'anéantissement et la destruction plutôt que par l'éradication des causes.

Il ne faut cependant pas être angéliques, il y a des difficultés réelles dans nos sociétés et une augmentation des problèmes de la jeunesse dus aux errements des adultes. Il est curieux qu'après avoir voulu interdire d'interdire, on ne trouve pas d'autres remèdes aux maux nés de cet esprit libertaire que l'enfermement ou le rejet, donc la négation de la liberté.

Certainement que le modèle protectionnel est le seul à pouvoir répondre intelligemment et durablement aux manifestations délinquantes des jeunes. En intégrant les leçons de la justice réparatrice et en offrant au mineur ce qui lui revient : des garanties de procédure. Ce sont des droits fondamentaux liés à la personne de l'enfant. Ces garanties ne doivent pas déterminer le modèle choisi, elles doivent l'accompagner. Sinon, cela équivaldrait à échanger la reconnaissance des droits aux mineurs contre plus de responsabilités. Ce n'est pas admissible.

Une vérité s'est toujours vérifiée : l'enfant et l'adolescent ont des besoins spécifiques et il faut essayer d'apporter des réponses diverses, nombreuses, nuancées, des réponses qui favorisent la responsabilisation effective du mineur, c'est-à-dire son envie de faire autrement, sa volonté de grandir et son ambition de devenir libre, c'est-à-dire détaché de ses chaînes d'enfant. On doit douter que la seule sanction - et encore moins la seule privation de liberté - soit la stimulation adéquate vers cette responsabilisation.

Les systèmes de justice pour les mineurs doivent être cohérents et doivent répondre à l'ensemble des problèmes qu'ils approchent : aussi bien la petite délinquance ubiquitaire que les manifestations spectaculaires de révolte ou d'utilisation des jeunes par les mafia. Trop soigner, sans responsabilisation, n'est pas suffisant, trop punir sans réfléchir est contra-productif.

Il n'y aura pas de réponse satisfaisante qui ne respecte pas les personnes (enfants, adolescents, parents), qui ne garantisse leurs droits et surtout qui oublie le sens. La loi a besoin d'une référence, les magistrats ont besoin de connaître

la mission, les mineurs ont besoin d'avoir confiance et le public doit croire dans l'intervention de la justice. Où trouver le sens? Probablement dans le fait de croire que l'enfant porte en lui toutes les possibilités de changer et que son acte, même délinquant, n'est pas une fatalité.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'AVENIR DES PRATIQUES DANS UN NOUVEAU CADRE LÉGAL
VISANT LES JEUNES CONTREVENANTS

Auteur(s) : Jean TRÉPANIER

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 47-88

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12280>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12280>

Page vide laissée intentionnellement.

L'AVENIR DES PRATIQUES DANS UN NOUVEAU CADRE LÉGAL VISANT LES JEUNES CONTREVENANTS*

par Jean TRÉPANIÉ**

On s'attend à ce que la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents ait des conséquences considérables - souvent négatives - pour les pratiques de la justice des mineurs. Les décisions visant les jeunes contrevenants seront plus centrées sur les infractions et moins sur la personne ou l'ensemble de la situation du contrevenant ; les tribunaux n'imposeront plus des mesures mais des peines. Les mesures extrajudiciaires seront touchées aussi bien que diverses peines. La mise sous garde sera particulièrement affectée, le risque étant qu'elle devienne plus une mesure de détention que de réadaptation. Des suggestions sont offertes pour tenter de limiter la portée de certains effets indésirables de la loi afin de préserver des acquis développés au Québec au fil des ans. Certains points d'appui des interventions sont évoqués, notamment le recours à la Loi sur la protection de la jeunesse et l'engagement des parents.

It is anticipated that the Youth Criminal Justice Act will change young offender practices considerably - for a large part negatively. Decisions relating to young offenders will tend to focus more on the offence itself and less on the offender's personal or general circumstances. Courts will impose sentences rather than measures. Extrajudicial measures as well as the various punishments which may be applied will change. Placement in custody will be particularly affected, there being a risk that this measure will become more a question of detention than of rehabilitation. The writer provides suggestions aimed at limiting some of the negative effects of the act and at preserving certain successful practices that have been developed over the years in Quebec. Factors that may be invoked in support of interventions are briefly discussed, including recourse to the Youth Protection Act as well as a greater involvement of the parents.

*. Exposé présenté aux Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre à Sherbrooke, le 2 mai 2002.

**, Professeur, École de criminologie et Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	49
1- La prise de décision	50
1.1- L'infraction ou l'infacteur?	51
1.2- Le traitement de la situation de l'adolescent dans son ensemble	60
2- Considérations relatives aux mesures	63
2.1- Les mesures extrajudiciaires	63
2.2- Les mesures ordonnées par le tribunal	68
2.2.1- La mise sous garde	68
Les ordonnances de garde et surveillance	69
La prise en compte du temps passé en détention provisoire	70
Une transformation de la mise sous garde	75
Pour préserver certains acquis	78
2.2.2- La probation	81
2.3- Des points d'appui essentiels à l'application des mesures	82
2.3.1- Le recours à la <i>Loi sur la protection de la jeunesse</i>	82
2.3.2- L'engagement des parents dans les interventions	86
CONCLUSION	89

INTRODUCTION

Après des débats au cours desquels le Québec fit tout particulièrement entendre sa dissidence, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*¹ a été adoptée par le Parlement fédéral au tout début de l'année 2002. Le gouvernement fédéral a annoncé son intention de la mettre en vigueur au printemps 2003. Le gouvernement québécois a, quant à lui, saisi la Cour d'appel d'un renvoi visant à faire en sorte qu'elle ne s'applique pas au Québec. L'instance est en cours au moment d'écrire ces lignes.

On ne saurait préjuger de la décision que rendra la Cour d'appel². Une question est néanmoins posée par plusieurs : dans l'éventualité où cette loi serait appliquée au Québec, comment pourrait-elle l'être tout en préservant dans la mesure du possible certains des acquis qui ont été établis au cours des ans dans les interventions visant les jeunes contrevenants? Il est clair qu'un certain nombre d'acquis ne pourront être préservés et que le maintien d'autres sera rendu plus difficile. Cette loi a été conçue pour répondre à des attentes qui, pour l'essentiel, avaient cours à l'extérieur du Québec. Le Comité Jasmin l'avait noté en 1995 : la vaste consultation qu'il avait menée l'avait conduit à constater un consensus dans les différents milieux d'intervention québécois à l'effet que la *Loi sur les jeunes contrevenants*³ était une bonne loi. Un groupe de travail fédéral-provincial-territorial avait d'ailleurs conclu en 1996 à une différence d'orientation entre le Québec et le reste du Canada : «Il n'est pas possible de transposer ailleurs [au Canada] l'approche adoptée par le Québec en matière de justice pour les jeunes. L'approche utilisée par le Québec nous rappelle que la "nécessité" apparente de réformer la *Loi* est tout autant, sinon plus, une question de valeurs, d'attitudes et de perceptions qu'un besoin réel (ou objectif)»⁴. Cette loi est inspirée par certaines valeurs dont les débats ont indiqué qu'elles heurtaient celles de nombre de Québécois. Elle pose de sérieux problèmes en

1. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

2. Le présent texte a été préparé sans présumer de l'issue du renvoi que le gouvernement québécois a logé à la Cour d'appel du Québec. Son contenu doit être lu à la lumière de cette observation.

3. *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1.

4. Canada, Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la justice applicable aux jeunes, *Examen de la Loi sur les jeunes contrevenants et du système de justice applicable aux jeunes au Canada*, Ottawa, Ministère de la justice, 1996 à la p. 5.

raison desquels de nombreuses personnes ont exprimé leur opposition aux changements qu'elle impose. Les amendements qui ont été apportés au projet de loi au cours des débats parlementaires n'ont pas résolu les grands problèmes de fond qu'il posait. Cette loi apparaît toujours déplorable et nous ne pouvons que maintenir notre désaccord à son endroit : les changements qu'elle introduit rendront la justice des mineurs trop proche de ce qu'est la justice pénale pour adultes.

Lors des journées d'étude qu'elle a tenues en mai 2002, la Fondation Charles-Coderre a convié les participants à une réflexion sur les moyens qui pourraient être utilisés pour tenter de limiter certains des impacts négatifs de la nouvelle loi et sauvegarder une partie des acquis établis au cours des ans au Québec dans les interventions visant les jeunes contrevenants. C'est dans le contexte de cette réflexion qu'a été conçu le présent texte, qui est centré sur les thèmes que la Fondation Charles-Coderre proposait aux participants. De toute manière, même si ces thèmes n'avaient pas été proposés, il eût fallu procéder à des choix entre les enjeux à traiter : il n'aurait pas été possible d'analyser en détails l'ensemble d'une loi qui compte deux cents articles, dont certains s'étendent sur plusieurs pages. Nous examinerons donc tout d'abord certains aspects de la prise de décision dont sont responsables les divers intervenants, afin de voir dans quelle mesure l'orientation de fond de la nouvelle loi la transformera. Nous nous arrêterons ensuite à certaines considérations qui ont trait aux mesures qui viseront les jeunes.

1- La prise de décision

L'un des enjeux centraux autour desquels s'articule la distinction entre la justice pour adultes et la justice des mineurs tient au poids respectif que l'on assigne à l'infraction et au délinquant dans la prise de décision. Voyons tout d'abord comment se situent à cet égard la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et la *Loi sur les jeunes contrevenants*, pour ensuite aborder brièvement une question connexe : le traitement de la situation de l'adolescent dans son ensemble.

1.1- L'infraction ou l'infracteur?

Ceux et celles dont l'expérience de travail remonte à plus de vingt ans se souviendront peut-être du temps où, avec la *Loi sur les jeunes délinquants*⁵, les décisions relatives aux jeunes étaient prises en fonction de la personne du mineur et non en fonction de l'infraction. Adoptée en 1908 sous la pression de milieux de la protection de l'enfance, cette loi qui est demeurée en vigueur pendant trois-quarts de siècle était à l'origine de l'orientation qu'ont prise les tribunaux pour mineurs au Canada pendant la majeure partie du XX^e siècle. Alors que le droit criminel d'inspiration classique considérait les infracteurs responsables de leurs actes et les punissait pour les avoir commis, les promoteurs de la loi de 1908 voyaient dans les mineurs délinquants des victimes d'un milieu et de circonstances qui les avait menés vers une délinquance dont ils ne devaient pas être tenus responsables. Dès lors, les interventions devaient viser non pas à les punir, mais à les protéger contre les circonstances adverses qui étaient à l'origine de leur comportement. L'infraction et la punition s'effaçaient derrière la personne du délinquant qu'il convenait de protéger. On privilégiait l'adoption d'un modèle de protection de l'enfance à l'endroit de mineurs délinquants pour prévenir leur récidive et ainsi protéger la société⁶. La loi toute entière portait la marque de cette orientation.

Lors de l'adoption de la *Loi sur les jeunes contrevenants* en 1982, la question de l'irresponsabilité des mineurs à l'endroit de leurs actes avait été soulevée depuis un certain temps déjà. Cette remise en question allait d'autant plus de soi que, pour une majorité de provinces canadiennes, l'uniformisation du seuil d'âge de la majorité pénale que comportait cette loi faisait passer les jeunes de seize et dix-sept ans dans le régime des mineurs; il apparaissait fictif de voir ces jeunes comme totalement irresponsables. Évacuant donc le modèle

5. *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, c. J-3.

6. Sur l'adoption de cette loi et l'orientation que privilégièrent ses promoteurs, voir notamment J. Trépanier et F. Tulkens, *Délinquance et protection de la jeunesse : aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance*, Bruxelles, De Boeck Université, 1995 aux pp. 17-49, ou encore M.-S. Dupont-Bouchat et É. Pierre (éd.), avec J.-M. Fecteau, J. Trépanier, J.-G. Petit, B. Schnapper, J. Dekker et avec la collaboration de S. Ménard et V. Strimelle, *Enfance et justice aux XIX^e siècle. Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance, 1820-1914, France, Belgique, Pays-Bas, Canada*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001 aux pp. 326-29, 343-47 et 364-69.

trop exclusivement protectionnel qui avait été la marque de la *Loi sur les jeunes délinquants*, la *Loi sur les jeunes contrevenants* optait pour un modèle visant un équilibre entre la reconnaissance d'une certaine responsabilité à faire assumer par le jeune et celle du fait que, adolescent, il demeurerait encore en processus d'éducation. Le mineur n'était plus vu comme le seul produit de circonstances sur lesquelles il n'avait aucun contrôle; sans nier l'existence de telles influences, on le présentait comme un acteur qui engageait sa responsabilité, sans toutefois que celle-ci n'équivaille à celle d'un adulte. On rappelait que le degré de développement et de maturité d'un jeune lui crée des besoins spéciaux, besoins dont les divers intervenants doivent tenir compte dans leur manière d'aborder les situations. Si elle était ramenée au cœur de la décision à prendre, l'infraction ne jouait pas un rôle aussi déterminant que dans les affaires impliquant des adultes. Le principe de la proportionnalité, selon lequel le degré de punition ou d'intervention est fonction de la gravité de l'infraction, n'était pas spécifiquement mentionné dans la loi; il devait toutefois y trouver application, même si celle-ci était moindre que lors de l'imposition d'une peine à un adulte. Pour reprendre les termes de la clarification apportée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. M. (J.J.)* :

Il est vrai que, pour les adultes comme pour les mineurs, la peine doit être proportionnelle à l'infraction commise. Mais, dans la détermination de la peine de contrevenants adultes, le principe de proportionnalité est plus important qu'il ne l'est dans le cas de jeunes contrevenants. Pour les adolescents, une décision appropriée doit tenir compte non seulement de la gravité de l'infraction mais aussi des autres facteurs pertinents.⁷

Les autres facteurs pertinents auxquels renvoie la Cour suprême ont trait particulièrement aux besoins spéciaux que peut présenter un jeune, incluant notamment sa situation familiale⁸. On assigne donc une certaine responsabilité au mineur, tout en reconnaissant le rôle de son milieu. L'intervention doit tenir compte de cette dualité. McGuire traduit cette position en exprimant qu'avec la *Loi sur les jeunes délinquants* l'on utilisait la justice pénale pour rechercher des objectifs de protection de l'enfance, alors qu'avec la *Loi sur les jeunes*

7. *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421 aux pp. 431-32.

8. *Ibid.* à la p. 432.

contrevenants l'on acceptait la validité de préoccupations propres à la protection de la jeunesse pour atteindre des objectifs qui sont ceux de la justice pénale⁹. On peut à cet égard reprendre les termes du Rapport Jasmin, selon lequel le contenu de la loi de 1982 est le fruit «[...] d'arbitrages délicats. Nuancé, il reflète un remarquable équilibre entre des préoccupations qui ne sont pas faciles à concilier. Là réside une des forces de cette loi, qui fut édifiée en tenant compte de la complexité des choses.»¹⁰

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* confère à l'infraction une place nettement plus centrale dans la prise des décisions. S'il est un endroit où ce choix apparaît de manière particulière, c'est dans les dispositions où la loi établit la place du principe de la proportionnalité dans le cadre de la détermination de la peine. Prenant modèle sur l'art. 718.1 du *Code criminel*, la loi prescrit que «la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'adolescent à l'égard de l'infraction» (art. 38(2)c)). Ce principe jouit d'un statut privilégié parmi d'autres. La loi lui confère préséance sur trois autres principes importants; soit celui de la peine la moins contraignante possible, celui visant à offrir à l'adolescent les meilleures chances de réadaptation et de réinsertion sociale, et celui visant à susciter chez lui le sens de ses responsabilités (art. 38(2)e)). L'affirmation de la préséance du principe de la proportionnalité sur l'objectif de réadaptation doit tout particulièrement être soulignée car elle marque une prise de distance croissante à l'endroit de ce qu'a été la justice des mineurs depuis ses débuts. La conséquence en est que :

d'une part, aucune mesure ne doit imposer plus de contrainte à un adolescent que ce que justifie la gravité de l'infraction,

-
9. M. McGuire, «C-19 - An Act to Amend the Young Offenders Act and the Criminal Code : "Getting tougher?"» (1997) 39 *Revue canadienne de criminologie* 188.
 10. Québec, Ministère de la Justice et Ministère de la Santé et des Services sociaux, Groupe de travail chargé d'étudier l'application de la Loi sur les jeunes contrevenants au Québec, *Les jeunes contrevenants : Au nom... et au-delà de la loi*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995 à la p. 4. Présidé par le juge en chef Michel Jasmin, ce groupe de travail avait reçu des ministres de la Justice et de la Santé et des Services sociaux du Québec le mandat d'examiner l'application de la *Loi sur les jeunes contrevenants* au Québec. Son rapport s'appuie sur une vaste consultation auprès d'intervenants de tous les milieux de la justice des mineurs.

d'autre part, on doit imposer à un adolescent une sanction au moins aussi sévère que ce que requiert la gravité de l'infraction, même si cet adolescent ne présente pas de besoins justifiant une intervention de réadaptation.

Contrairement au régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, cette règle devra être appliquée de manière rigoureuse. On ne pourra pas justifier un degré d'intervention plus poussé au nom des besoins de réadaptation du jeune, même de façon minimale. On ne pourra pas non plus invoquer ces mêmes besoins pour éviter d'appliquer une peine rigoureuse au cas d'infraction grave. Cette perspective concorde par ailleurs avec les règles que le *Code criminel* établit à l'endroit des délinquants adultes : le principe de la proportionnalité y est défini dans des termes identiques à ceux qu'emploie la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, et le code lui confère le statut particulier de «principe fondamental» parmi les divers principes de détermination de la peine¹¹.

De nombreuses autres dispositions de la nouvelle loi consacrent la place de l'infraction dans la prise de décision. L'espace ne permet pas d'en faire un inventaire complet. Contentons-nous de souligner certains exemples particulièrement significatifs qui sont susceptibles d'avoir un impact sur les pratiques. On peut évoquer le principe de l'harmonisation des peines selon lequel «la peine doit être semblable à celle qui serait imposée dans la région à d'autres adolescents se trouvant dans une situation semblable pour la même infraction commise dans des circonstances semblables»¹². On peut aussi penser à celui selon lequel «la peine ne doit en aucun cas aboutir à une peine plus grave que celle qui serait indiquée dans le cas d'un adulte coupable de la même infraction commise dans des circonstances semblables» (art. 38(2)a)). La peine qui peut être imposée à un adulte pour la même infraction crée une limite qui ne

11. Le principe de la proportionnalité et son statut de «principe fondamental» sont définis à l'article 718.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 [ci-après *C. cr.*]. Les autres principes de détermination de la peine sont définis à l'article 718.2.

12. Art. 38(2)b). À l'origine, le projet de loi définissait le principe de l'harmonisation des peines dans des termes identiques à ceux de l'art. 718.2 b) *C. cr.*, sans référence à la région ni à la situation dans laquelle se trouve l'adolescent. Un amendement fut apporté au projet de loi pour atténuer à cet égard la portée de la gravité de l'infraction.

peut être dépassée; la limite est celle de la peine qui peut être *effectivement* imposée à un adulte et non celle de la peine *maximale* prévue au *Code criminel* pour l'infraction en question¹³. D'autres exemples pourraient être fournis, démontrant que la gravité de l'infraction est un facteur dont il doit être tenu compte dans des contextes autres que celui de la détermination de la peine, tels que celui du choix de mesures extrajudiciaires¹⁴ ou de la détermination du niveau de garde par le directeur provincial¹⁵.

Une autre disposition doit être soulignée en raison de l'impact qu'elle sera susceptible d'avoir sur les pratiques : celle qui établit les cas où le recours à la mise sous garde sera autorisé. On peut résumer ces situations comme suit : (1) les cas d'infractions avec violence; (2) les cas de violations d'une ordonnance imposant une peine dans la collectivité; (3) les cas d'actes criminels passibles de plus de deux ans d'incarcération pour un adulte, après plusieurs déclarations de culpabilité; (4) exceptionnellement, les autres cas d'actes criminels perpétrés dans des circonstances aggravantes telles que la mise sous garde est requise pour respecter les principes et objectifs de la détermination de la peine¹⁶. En gros, on peut résumer ces exigences en disant que la mise sous garde sera permise dans les cas de récidives - qu'il s'agisse de violations d'ordonnances du tribunal ou de récidives multiples - et dans les cas d'infractions violentes - qu'il s'agisse ou non de récidive. Ces exigences sont essentiellement définies en fonction d'infractions, qu'il s'agisse de celle sur laquelle porte la cause en cours ou d'infractions antérieures.

Une plus grande «centration» sur l'infraction est de nature à aller de pair avec une réaffirmation de la responsabilité des jeunes à l'endroit de leurs infractions. Assignant à l'infraction un poids moindre, la *Loi sur les jeunes contrevenants* énonce à son art. 3(1)a.1) un principe nuancé, suivant lequel «les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits». Tenir

13. L'interdiction d'imposer une mesure dépassant la peine maximale dont un adulte est passible constitue la limite retenue par l'art. 20(7) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

14. Art. 5e) et art. 10(1).

15. Art. 85(5).

16. Art. 39(1).

les adolescents responsables de leurs actes n'y est pas présenté comme l'objectif des mesures pénales, ni comme le critère en fonction duquel le choix de ces mesures doit être fait. Pour citer le juge Cory de la Cour suprême du Canada :

Le paragraphe 3(1) recherche un équilibre entre la nécessité de faire assumer aux jeunes contrevenants la responsabilité de leurs délits et de reconnaître leur vulnérabilité et leurs besoins spéciaux. Il cherche à tracer une voie qui évite à la fois la sévérité d'une perspective purement pénale appliquée aux mineurs et le paternalisme de la perspective fondée sur l'idée d'assistance dans l'ancienne *Loi sur les jeunes délinquants*¹⁷.

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* pousse le mouvement du pendule nettement plus loin. La préoccupation de tenir l'adolescent responsable de ses actes y est affirmée de manière péremptoire¹⁸. Elle fait même partie de ce que la loi présente comme l'objectif central de la détermination de la peine : la sanction doit viser à ce que l'adolescent réponde de l'infraction qu'il a commise¹⁹. Cette place centrale qui est faite à la responsabilité des jeunes appelle deux observations.

La première a trait à la distinction entre la responsabilité (tenir l'adolescent responsable) et la responsabilisation (le rendre plus responsable). En droit pénal classique, on tient pour acquis que l'individu ayant commis une infraction est totalement responsable de ses actes. La punition qu'on lui inflige est l'une des voies par lesquelles on peut marquer le fait qu'on le tient responsable. Contrairement à un adulte, un adolescent doit être vu comme une personne qui est en processus d'acquisition graduelle du sens des responsabilités. Il doit, d'une part, être tenu partiellement responsable de ses actes (plus ou moins, selon son âge ainsi que son degré de développement et de maturité) et, d'autre part, être éduqué à assumer ses responsabilités. Le processus de responsabilisation graduelle passe en partie par le fait de tenir l'adolescent responsable. Pour reprendre les termes du Rapport Jasmin, ce

17. *R. c. M. (J.J.)*, *supra* note 7 à la p. 428.

18. Voir notamment le 5^e alinéa du préambule; l'art. 3(1); les art. 4c) et d); l'art. 38(1); l'art. 38(2)e)iii); l'art. 72(1).

19. Art. 38(1).

processus éducatif en est un à la fois de responsabilisation (par lequel le jeune apprend à devenir de plus en plus responsable) et d'endossement des responsabilités (par lequel l'adolescent doit faire face à ses responsabilités). Ces deux volets du processus sont interdépendants dans le sens où le fait d'être confronté à l'obligation de remplir ses responsabilités est essentiel au développement de la responsabilisation et où le développement de cette dernière accroît la capacité de se comporter de façon responsable²⁰.

On ne doit pas se satisfaire de tenir l'adolescent responsable de ses actes; on doit inscrire cette prise de responsabilité dans une démarche éducative de responsabilisation. À défaut de ce faire, on a une justice qui n'est pas éducative, mais une justice qui attache des conséquences aux actes, comme le fait le droit criminel avec les délinquants adultes. À l'exception de l'une d'elles, les références que fait la nouvelle loi à la responsabilité que doit assumer le jeune se font sans mention de la préoccupation de responsabiliser ce dernier. Des intervenants judiciaires et sociaux qui voudraient se satisfaire de sanctions tenant le jeune responsable pourront donc trouver dans cette loi une légitimation de leur approche. Une unique disposition suivant laquelle la peine doit «susciter [chez l'adolescent] le sens et la conscience de ses responsabilités»²¹ pourra toutefois, dans le contexte de l'imposition d'une peine par le tribunal, être invoquée par les intervenants soucieux de préserver la dimension éducative des interventions. Il faudra toutefois voir quelle place les tribunaux feront à cette disposition lorsqu'ils devront l'interpréter à la lumière des autres articles relatifs à la responsabilité des jeunes.

La seconde observation concerne la manière de tenir le contrevenant responsable : faut-il le punir ou l'amener à réparer? Pour nombre de personnes, la punition est la voie par laquelle les délinquants doivent être tenus responsables de leurs actes. Cette manière de voir les choses a quelque chose de négatif et n'apporte rien d'autre aux victimes que la satisfaction d'une forme de vengeance. Le souci de mieux répondre aux besoins des victimes a engendré depuis quelques années des pratiques visant à réparer certaines conséquences de l'infraction et à résoudre le conflit existant entre le délinquant et la victime,

20. *Supra* note 10 aux pp. 19-20.

21. Art. 38(2)e)iii).

donnant ainsi naissance à ce que l'on a appelé le courant de la justice réparatrice. Des recherches ont démontré que les processus de médiation et de conciliation amenant la victime et le délinquant à s'entendre sur une forme de réparation génèrent un taux de satisfaction plus élevé que le processus judiciaire, et ce, tant chez la victime que chez le délinquant. Ce que Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove²² ont appelé la justice négociée (en opposition à la justice ordonnée) confère aux parties un *empowerment* qui est source de satisfaction. Pour la victime, la conciliation peut permettre de voir son agresseur sous un jour plus humain, ce qui peut aider à dédramatiser la situation et à réduire l'anxiété associée à sa victimisation. Cela ne signifie évidemment pas que les mesures de réparation doivent être confinées au contexte où elles sont négociées entre les personnes concernées : on doit au contraire encourager les tribunaux à y recourir dans leurs ordonnances. Quel que soit le cadre dans lequel on les utilise, elles demeurent un moyen de tenir l'adolescent responsable de ses actes en tenant compte des droits et intérêts des victimes. Qui plus est, on peut leur trouver une portée éducative réelle : on montre à l'adolescent que, dans la société où il vit, les conséquences négatives des gestes que l'on pose doivent être réparées. Bien conçues, les mesures de réparation (tout comme les processus de médiation et de conciliation) peuvent servir à responsabiliser le jeune et non seulement à le tenir responsable.

La justice réparatrice est fort inégalement présente d'un pays à l'autre. La Nouvelle-Zélande compte parmi les rares pays qui l'ont placée à l'avant-plan de la réaction sociale à la délinquance²³. Au Québec, le Rapport Jasmin a recommandé que les mesures réparatrices soient utilisées beaucoup plus fréquemment qu'elles ne le sont²⁴. L'engagement des organismes de justice alternative dans le champ des mesures de rechange à vocation réparatrice, au cours des toutes dernières années, a visé à en stimuler la fréquence d'usage. Certaines des dispositions de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* concernant les mesures extrajudiciaires vont dans la même

22. F. Tulkens et M. van de Kerchove, «La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?» (1996) *Revue de droit pénal et de criminologie* 445.

23. Voir notamment A. Morris et G. Maxwell, «Perspectives néo-zélandaises sur la justice des mineurs au Canada» (1999) 32 *Criminologie* 37.

24. *Supra* note 10 aux pp. 180-81.

direction : il y est prévu que ces mesures devraient inciter l'adolescent à reconnaître et à réparer les dommages causés à la victime et à la collectivité, et qu'elles devraient donner à la victime la possibilité de participer au traitement du cas de l'adolescent et d'obtenir réparation²⁵. On doit donc espérer que la nouvelle loi incitera au recours plus fréquent aux processus de médiation et de conciliation. Quant aux mesures ordonnées par le tribunal, désormais appelées peines²⁶, la nouvelle loi prévoit qu'elles peuvent prendre diverses formes de restitution ou de réparation, tout comme le prévoyait la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Même si la nouvelle loi n'incite pas les tribunaux à privilégier ce type d'approche de manière particulière, on ne peut qu'espérer que les pratiques s'orienteront dans cette direction. Cette voie apparaît vraisemblablement comme la plus positive si les pratiques doivent mettre l'accent sur l'infraction et la responsabilité de l'adolescent. En centrant la mesure sur la réparation des conséquences du fait qualifié d'infraction, on peut à la fois se préoccuper des droits et intérêts de la victime, responsabiliser le jeune dans une perspective éducative et marquer la désapprobation de la collectivité à l'endroit du geste posé.

1.2- Le traitement de la situation de l'adolescent dans son ensemble

La place de l'infraction dans une prise de décision à caractère pénal est marquée, et ce, de plusieurs manières dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Le titre même de la loi le dit : il s'agit d'une loi conçue d'abord et avant tout dans une perspective de justice pénale, non de justice réparatrice. La partie de la loi qui régit le choix de la mesure que le juge imposera est coiffée d'un titre qui va dans le même sens : «Détermination de la peine». Le contexte extrajudiciaire est le seul où il soit encore question de

25. Article 5 de la loi. Il convient de noter que «participer au traitement du cas de l'adolescent» est exprimé dans le texte anglais par «to participate in decisions related to the measures selected». La «participation au traitement du cas» doit donc s'entendre au sens de participation aux décisions portant sur la mesure.

26. L'introduction du terme «peine» dans la loi traduit bien à notre avis la manière suivant laquelle le législateur fédéral s'est démarqué de l'orientation qui a inspiré la justice des mineurs depuis les débuts du XX^e siècle. De même, le fait de situer les mesures de réparation dans le cadre de «peines» suggère que leur place est conçue en fonction d'un cadre pénal traditionnel plutôt que celui de la justice réparatrice.

mesures - encore que l'équivalent de ce que nous désignons aujourd'hui au Québec sous l'appellation de *mesures* de rechange deviendra des *sanctions* extrajudiciaires sous le régime de la nouvelle loi. Le choix des termes n'est pas neutre : il traduit l'esprit dans lequel la loi a été conçue.

Dans ce contexte d'une loi d'orientation plus pénale que ne l'est la loi actuelle, où un accent particulier sera mis sur l'infraction et où la place de l'infacteur sera moindre, même si elle sera toujours présente, on peut se demander s'il ne sera pas encore plus difficile de prendre des décisions fondées sur l'ensemble de la situation de l'adolescent. C'est là une question à laquelle le Comité Jasmin s'était arrêté.

Dans une perspective d'éducation ou de réadaptation, une mesure doit être individualisée et, à ce titre, être fondée sur l'ensemble de la situation de l'adolescent. C'est ainsi que l'on peut saisir le sens à donner à l'infraction commise et y réagir adéquatement. Il est généralement admis que l'on doit tenir compte des circonstances personnelles, familiales et sociales du jeune pour y adapter la mesure à imposer.

Un problème particulier se pose toutefois dans certains cas de pluralité d'infractions. Il est fréquent qu'un même jeune soit susceptible de faire l'objet de poursuites ou de mesures de rechange pour plus d'une infraction. Lorsque ces infractions sont traitées simultanément et qu'elles peuvent être considérées globalement lors de l'élaboration de la mesure à appliquer, il est alors possible de fonder le choix de la mesure sur l'ensemble de la situation de l'adolescent. Par contre, il peut arriver que des infractions qui sont contemporaines (ou presque) ne fassent pas l'objet de procédures simultanées. Cela peut tenir au mode de traitement des affaires par les policiers, par la couronne ou par le directeur provincial. Cela peut aussi tenir au fait que des procédures judiciaires initiées au même moment pour des infractions différentes connaissent des cours différents, en raison par exemple de plaidoyers différents qui font qu'un procès doit être tenu pour certaines infractions alors que le juge est invité à rendre une décision immédiate quant aux infractions pour lesquelles un plaidoyer de culpabilité a été enregistré.

Comme nous le rappelle le Rapport Jasmin, un traitement séparé de plusieurs infractions pourrait être jugé acceptable dans un régime où on ne viserait rien d'autre que d'infliger une punition pour chaque geste posé, dans une perspective purement punitive. Comme la peine à attacher à chaque infraction pourrait alors ne reposer que sur la gravité de cette infraction, l'évaluation de la peine appropriée pourrait se faire séparément pour chaque infraction. Les tribunaux pour mineurs ont répugné jusqu'à maintenant à endosser une telle perspective punitive. Les perspectives qu'ils ont épousées sont beaucoup plus de l'ordre de la protection de la société (recherchée par une approche éducative, par la réadaptation ou par la dissuasion), quitte à ce que ces perspectives s'exercent à l'intérieur de balises qui tiennent compte de la gravité de l'infraction. Dans ce contexte, la signification de chaque infraction ne peut être saisie que dans le contexte plus large de l'ensemble des infractions; on imagine aisément qu'on ne verra pas du même œil un vol selon qu'il constitue un événement isolé ou qu'il se situe dans une chaîne d'événements semblables dont l'adolescent tirerait un revenu significatif. De même, si l'on veut que les adolescents prennent au sérieux la réaction que la société oppose à leurs actes délinquants, il importe de ne pas leur laisser l'impression qu'ils peuvent déjouer la justice en se faufilant entre divers juges pour ne faire l'objet que de décisions partielles, de sorte que le tribunal ne puisse jamais prendre en compte l'ensemble de leur situation. Pour reprendre les termes du Rapport Jasmin :

Une justice à la chaîne où chaque juge donnerait son tour de vis sans être responsable de l'ensemble de l'opération pourrait difficilement prétendre répondre à la mission que lui confie la société. À l'intérieur des balises que fixe la gravité de *l'ensemble* des infractions, le juge doit pouvoir viser l'objectif de protection de la société et tenir compte des besoins de l'adolescent, ce qui requiert une prise en compte de la globalité de la situation et du comportement de ce dernier.²⁷

Comme il a été souligné plus haut, le fractionnement d'une situation d'ensemble peut trouver son origine à divers niveaux d'intervention. C'est pourquoi on ne peut le prévenir que si l'ensemble des intervenants jouent chacun leur rôle à cet égard. On comprend que le Comité Jasmin ait jugé nécessaire de formuler des recommandations qui visent autant les policiers que les avocats et

27. *Supra* note 10 à la p. 119.

les juges, en vue de faciliter le groupement des accusations et de leur traitement²⁸. On peut y voir que l'atteinte de cet objectif requiert de la part des différents intervenants une vigilance incessante et une conscience constante de leurs responsabilités éducatives à l'endroit des jeunes. Ce que certains ont appelé la tendance au «saucissonnage» - la propension à découper la situation d'ensemble de l'adolescent en tranches devant se traiter séparément - se glisse facilement dans un système : les dossiers s'y gèrent souvent plus facilement et certaines stratégies peuvent ainsi s'exercer plus commodément.

Cette tendance contre laquelle il n'est pas facile de lutter risque de devenir encore plus forte avec la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. En mettant un accent plus prononcé sur le poids de l'infraction et sur le principe de la proportionnalité, cette loi ajoutera à la légitimité des pratiques selon lesquelles les affaires peuvent se traiter dossier par dossier. En vertu du principe de la proportionnalité, chaque infraction se mérite une peine qui est indépendante de celle que peut entraîner une autre infraction commise par la même personne. La logique de ce principe en est une où la peine à attacher à chaque infraction s'apprécie de manière autonome, quitte à s'assurer ensuite que le résultat d'ensemble n'excède pas en sévérité ce que justifie l'ensemble des infractions²⁹. Cette démarche est compatible avec le traitement autonome et successif des affaires, même par des juges différents; il suffit que chaque juge s'assure que ce qu'il ajoute aux peines antérieures n'aboutisse pas à une punition globale excessive. Au contraire, une démarche fondée sur une perspective éducative ou de réadaptation s'appuie dès le départ sur l'analyse de l'ensemble de la situation. Elle est incompatible avec le découpage des affaires. C'est d'ailleurs pourquoi le Comité Jasmin a présenté un plaidoyer très clair en faveur du traitement de la situation d'un adolescent dans une perspective d'ensemble et présenté des recommandations visant à regrouper les affaires dans tous les cas où elles peuvent l'être.

28. *Supra* note 10 aux pp. 33-36, 64-65 et 118-19.

29. Dans les affaires impliquant des adultes, cette préoccupation de s'assurer que le résultat d'ensemble n'excède pas en sévérité ce que justifie l'ensemble des infractions est exprimée ainsi à l'art. 718.2c) du *Code criminel* : «l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives».

La place que la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* réserve à l'infraction et au principe de la proportionnalité est plus considérable que celle que leur assigne la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cela accroîtra la légitimité du découpage des affaires. Le maintien d'acquis fondés sur une perspective éducative et sur la réadaptation y sera plus difficile et requerra de la part des intervenants une vigilance encore plus constante et efficace pour lutter contre ce «saucissonnage». On ne peut envisager d'éduquer ou de réadapter un jeune tranche par tranche. Policiers, avocats de la poursuite et de la défense, juges et intervenants sociaux auront à déployer des efforts encore plus considérables pour limiter le plus possible cette tendance qui peut découler aussi bien de la tentation de la facilité que de celle de stratégies de procédure. Le maintien des acquis sera à ce prix.

2- Considérations relatives aux mesures

Les observations qui précèdent avaient trait à certaines orientations de la nouvelle loi qui sont susceptibles d'avoir un impact sur l'application de diverses dimensions de la loi. On pourrait en formuler d'autres qui seraient plus directement pertinentes à certaines mesures. C'est à cela qu'est consacrée la seconde partie de l'exposé. Il y sera question successivement des mesures extrajudiciaires et des peines ordonnées par le tribunal, après quoi quelques considérations seront exprimées au sujet de certains points d'appui essentiels à l'application des mesures.

2.1- Les mesures extrajudiciaires

Sous l'appellation générique de «mesures extrajudiciaires», la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* établit deux catégories d'interventions : d'une part, les avertissements, mises en garde et renvois qui, selon le cas, peuvent être le fait de policiers ou de substituts du procureur général, et, d'autre part, les sanctions extrajudiciaires, qui constituent l'équivalent des mesures de rechange que nous connaissons sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Depuis 1984, les interventions extrajudiciaires se sont pratiquées essentiellement de deux manières : par l'exercice du pouvoir discrétionnaire des policiers de classer des affaires sans suite et par le programme de mesures de

rechange. Selon les statistiques policières, les corps de police du Québec classent les affaires de plus d'un jeune sur deux sans les référer aux substituts du procureur général³⁰. Sans tenir pour acquis que ces classements sans suite soient dus dans tous les cas à l'exercice par les policiers de leur pouvoir discrétionnaire de ne prendre aucune mesure formelle, on peut estimer que, dans une importante proportion de ces cas, les policiers ont été satisfaits de ce qu'un avertissement servi au jeune et, éventuellement, à ses parents, soit apparu suffisant pour justifier la fermeture du dossier.

Avec la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, les options qui s'offrent aux policiers seront plus formalisées. Les policiers pourront, comme maintenant, ne prendre aucune mesure ou bien donner un avertissement au jeune. Ils pourront de plus effectuer une mise en garde formelle au jeune; les modalités de ce type d'intervention ne sont pas précisées dans la loi, mais elles pourront l'être dans le cadre d'un programme établi par le ministre provincial responsable. Si l'on en juge par des expériences étrangères (comme l'expérience britannique) et par le fait que la loi prévoit que ces mises en garde peuvent être encadrées par un programme formel, on peut deviner qu'il s'agira là d'une forme d'intervention qui sera plus formelle et solennelle que le simple avertissement par un policier. Enfin, il est prévu que le policier puisse, avec le consentement de l'adolescent, renvoyer ce dernier à un programme ou organisme communautaire susceptible de l'aider à ne pas commettre d'infractions³¹.

Pour les affaires que les policiers référeront aux substituts du Procureur général, on pourra recourir à l'équivalent de ce que nous connaissons aujourd'hui sous l'appellation de mesures de rechange - qui seront rebaptisées «sanctions extrajudiciaires». Le contenu de ces sanctions est laissé à la

30. Les statistiques policières indiquent qu'en 1998, 14 800 des 27 497 jeunes soupçonnés d'infractions au *Code criminel* par les corps policiers du Québec furent traités «hors cour», c'est-à-dire sans référence aux substituts du Procureur général. Source : Québec, Ministère de la Sécurité publique, *Statistiques. Code criminel, autres lois fédérales, lois provinciales (sauf circulation)*, Québec, Gouvernement du Québec, 1999 à la p. 49. Les rapports statistiques publiés portant sur des années plus récentes ne fournissent pas cette information spécifiquement pour les jeunes contrevenants.

31. Art. 6 et 7 de la loi.

discrétion de chaque province. Le gouvernement du Québec pourra donc, si tel est son choix, poursuivre sur la lancée du programme que nous connaissons depuis près de vingt ans. En outre, il est prévu que le Procureur général puisse établir un programme de mises en garde qui seraient effectuées par le substitut du Procureur général³².

On peut donc voir les nouvelles dispositions relatives aux mesures extrajudiciaires comme permettant de maintenir certaines des pratiques existantes et d'en ajouter de nouvelles. Certaines des nouvelles pratiques ne seront toutefois pas sans poser de sérieux problèmes. Nous ne pouvons nous y arrêter ici en raison des limites du présent texte. On peut penser par exemple au pouvoir discrétionnaire important qui sera conféré aux policiers de renvoyer un adolescent à un programme ou organisme communautaire sans que de telles interventions ne soient balisées et encadrées par un organe extérieur (comme le substitut du procureur général), notamment pour s'assurer de la suffisance de la preuve et voir à ce que les interventions ne soient pas abusives. Le recours à ces dispositions devra être scruté avec grande attention car la loi peut ici ouvrir la porte à des dérapages.

Il faut par ailleurs ajouter que la pratique des mesures extrajudiciaires sera davantage orientée par des principes que ce n'est le cas avec la loi actuelle. Sans entrer dans les détails, soulignons que la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* présume que les mesures extrajudiciaires suffisent dans les cas d'infraction sans violence où le jeune n'a pas de dossier judiciaire antérieur et que l'on doit y favoriser la participation des familles «et de la collectivité en général» (quel que soit le sens qu'il y ait lieu de donner à cette dernière expression, ce que la loi ne précise pas). Elle présume aussi que la participation de la victime et la réparation du dommage doivent faire partie des préoccupations orientant ces mesures.

Il peut y avoir lieu d'ajouter une brève observation concernant le premier de ces principes. La présomption suivant laquelle les mesures extrajudiciaires suffisent dans les cas d'infraction sans violence où le jeune n'a pas de dossier judiciaire antérieur ne doit surtout pas être interprétée comme signifiant que l'on

32. Art. 8 et 10 de la loi.

doive présumer inadéquates les mesures extrajudiciaires aux cas d'infractions violentes ou de récidive³³. Il y a notamment lieu de penser à ces situations fréquentes où un incident violent surgit entre deux jeunes dont les rapports sont conflictuels et où un processus de médiation peut apparaître encore plus approprié pour résoudre le conflit que ne le serait une intervention judiciaire. Les mesures extrajudiciaires ne doivent surtout pas être reléguées au rang d'options réservées aux cas moins graves. On s'en priverait alors pour résoudre des problèmes pour lesquels elles peuvent être particulièrement indiquées, en plus du fait que l'on risquerait d'étendre le contrôle social officiel à des situations qui ne le requièrent pas vraiment.

À l'inverse, il ne faut pas oublier que la présomption à l'effet que des mesures extrajudiciaires sont suffisantes lorsque l'adolescent n'est pas accusé d'une infraction violente et n'a pas de dossier judiciaire antérieur ne constitue pas une règle d'application absolue : il s'agit d'une présomption qui peut être renversée³⁴. Il est des cas où, par exemple, la judiciarisation d'un adolescent sans antécédent sera parfaitement justifiée malgré le fait qu'il soit accusé d'une infraction contre la propriété.

Soulignons par ailleurs que, si la victime leur en fait la demande, l'agent de police, le procureur général, le directeur provincial ou tout organisme d'aide aux victimes mis sur pied dans la province auront l'obligation de lui dévoiler l'identité de l'adolescent qui fait l'objet d'une sanction extrajudiciaire et la nature de cette sanction³⁵. S'agissant d'une obligation, ces personnes n'auront pas l'option de taire l'identité de l'adolescent, même dans des situations qui leur apparaîtraient problématiques. On peut par exemple penser au cas où, dans le contexte de conflits entre deux bandes, un adolescent d'une des bandes commet une infraction à l'endroit d'un membre de la bande rivale; transmettre son nom

33. L'art. 4d) de la loi rappelle que celle-ci ne doit pas être interprétée comme empêchant le recours à des mesures extrajudiciaires à l'endroit de jeunes récidivistes. On n'y apporte toutefois pas la même précision concernant les situations d'infractions comportant violence, ce qui est éminemment regrettable : cette omission, qui converge avec l'orientation générale de la loi, qui est très centrée sur la gravité des infractions, pourra être interprétée comme un encouragement de la part du législateur fédéral à judiciariser les infractions comportant violence.

34. Art. 4 c) de la loi.

35. Art. 10 et 12 de la loi.

à la victime reviendra à l'identifier comme cible de la vindicte de la bande adverse et à mettre sa sécurité en danger. Les pratiques relatives à l'exécution de cette obligation devront être scrutées de très près, de manière à identifier les situations problématiques engendrées par la loi et déterminer si des solutions peuvent y être apportées.

Rappelons en terminant l'importance que, comme pour toute autre intervention, les fonctions reliées aux mesures extrajudiciaires soient remplies par des personnes compétentes. Comme bien d'autres, le Comité Jasmin a insisté sur la nécessité d'assurer la compétence de l'ensemble des intervenants, notamment par une formation adéquate³⁶. Les dispositions de la nouvelle loi fédérale ouvrent la porte à l'apport d'intervenants non professionnels, notamment par le biais de comités de justice pour la jeunesse et de groupes consultatifs³⁷. La loi ne restreint pas leurs interventions au seul cadre des mesures extrajudiciaires, mais l'omniprésence de milieux structurés tels que les centres jeunesse dans l'application des mesures ordonnées par le tribunal laisse croire que c'est d'abord dans le domaine extrajudiciaire que la présence de non professionnels pourrait se faire sentir. On sait jusqu'à quel point la tentative de faire participer les «personnes désignées par le ministère de la Justice» à des décisions prises dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse* entre 1979 et 1984 s'est avérée un échec cuisant : mal préparées, ces personnes alourdissaient la prise de décision sans y apporter de contribution utile. La nouvelle loi fédérale pourrait ouvrir la porte à de nouvelles expériences malheureuses. Les bonnes intentions ne peuvent suppléer à l'amateurisme et au manque de formation, si louables soient-elles. Des efforts ont été consacrés ces dernières années à la formation des personnes oeuvrant dans le secteur de la justice réparatrice. On a là l'exemple d'une voie qui devrait être suivie par l'ensemble des personnes et des groupes communautaires qui sont appelés à intervenir dans les situations des jeunes. De tels efforts doivent être poursuivis et intensifiés. Si la formation en cours d'emploi est cruciale dans les milieux professionnels d'intervention sociale et judiciaire, la formation de base et la formation continue doivent demeurer des conditions essentielles à la

36. *Supra* note 10 aux pp. 195-98.

37. Art. 18 et 19 de la loi.

participation de citoyens et de citoyennes à l'administration de la justice. La qualité des services en dépend.

2.2- Les mesures ordonnées par le tribunal

Sauf l'importante exception de l'imposition de sentences pour adultes par le tribunal pour adolescents³⁸, les diverses mesures que pourra ordonner ce dernier seront, pour la majorité d'entre elles, relativement semblables à celles que les tribunaux ont à leur disposition dans le moment. D'importantes réserves doivent toutefois être faites concernant la mise sous garde que la nouvelle loi transformera, ce qui devrait avoir un impact sur la probation. Abordons tour à tour certains enjeux liés à ces deux mesures.

2.2.1- La mise sous garde

La mise sous garde sera sans doute la mesure la plus affectée par la nouvelle loi. Elle le sera de manière toute particulière par la transformation des ordonnances de mise sous garde en ordonnances de garde et surveillance; elle le sera également par la prise en compte de la détention provisoire dans la détermination de la peine. Il en découlera des changements importants sur la durée de la garde et, en conséquence, sur le travail éducatif et de réadaptation qui pourra être effectué dans les cas où ce travail requiert une période d'internat.

Les ordonnances de garde et surveillance - En premier lieu, les ordonnances de mise sous garde vont être remplacées par des ordonnances de garde et surveillance. Les deux premiers tiers de l'ordonnance seront purgés dans un lieu de garde, alors que le troisième tiers le sera dans la collectivité, comme c'est le cas pour les détenus adultes à qui on applique un régime de libération d'office³⁹. Il faut souligner que, en fixant la durée de la période de garde, le tribunal ne devra pas tenir compte du fait que le dernier tiers de l'ordonnance sera purgé hors d'un lieu de garde⁴⁰ : on ne pourra donc pas

38. C'est strictement en raison des limites d'espace que nous ne traitons pas de cette question; on ne doit pas y voir d'indice que cette question ne nous apparaîtrait pas importante.

39. Art. 42(2)n).

40. Art. 39(8).

allonger la durée totale de l'ordonnance afin de maintenir une durée de garde équivalente à celle qui pourrait avoir cours sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui ne prévoit pas de libération anticipée autrement que par la procédure d'examen des décisions. On ne pourra pas non plus allonger la durée de la période de garde en invoquant les besoins que présenterait un adolescent; tel que vu précédemment, le principe de la proportionnalité devra être appliqué avec une rigueur qui interdira d'imposer à l'adolescent plus de contrainte que ce que permettra la gravité de l'infraction. L'objectif de cette disposition semble bien être de réduire du tiers la durée de la garde et de substituer à ce dernier tiers une période de surveillance dans la collectivité.

On souhaiterait voir dans ce changement une préoccupation de favoriser la réinsertion sociale des jeunes mis sous garde plutôt que la simple application d'un modèle conçu à l'intention des adultes condamnés à l'incarcération. Des travaux de recherche ont fait ressortir depuis plusieurs années déjà à quel point il est crucial de se préoccuper de la réinsertion sociale d'un jeune au moment où il quitte un lieu de garde⁴¹. Dès lors, l'adjonction d'une période de surveillance à la période de garde ne pourrait-elle pas servir précisément à encadrer la réinsertion sociale du jeune, ce qui apparaîtrait positif? En prévoyant qu'un plan de réinsertion sociale doive être préparé par un délégué à la jeunesse peu après le début de la période de garde, la loi suggère qu'il pourrait en être ainsi⁴².

Un élément essentiel manque toutefois pour que cette libération anticipée puisse véritablement apparaître comme un outil de réinsertion sociale utile. La durée de la garde, tout comme celle de la réinsertion, doivent se planifier sur une base individuelle si l'on veut assigner aux mesures un objectif éducatif ou de réadaptation. Les proportions de l'ordonnance consacrées respectivement à la garde et à la surveillance ne peuvent être les mêmes pour tous; elles doivent être modulées au cas par cas, à moins que l'on ne vise que l'imposition de punitions, qui doivent être uniformes pour tous. Le recours aux automatismes que connaît un système pour adultes centré sur la punition fera obstacle à la mise en œuvre d'une réinsertion sociale centrée sur le jeune et son évolution que requerrait une perspective de réadaptation. Nous devons donc

41. Voir par exemple M. LeBlanc, *Boscoville : la rééducation réévaluée*, Montréal, Hurtubise, 1983.

42. Art. 90(1).

travailler avec l'importante contrainte que des jeunes devront être libérés à des moments que des éducateurs estimeront mal choisis.

Donc, première transformation : la nouvelle loi réduit du tiers de la durée des mises sous garde et impose la libération automatique sous surveillance des adolescents pour la durée du troisième tiers de l'ordonnance.

La prise en compte du temps passé en détention provisoire - Le second changement tient au fait que, en déterminant quelle peine devrait être imposée à un adolescent, le juge devra tenir compte du temps passé en détention entre l'arrestation et l'imposition de la peine⁴³. Une telle exigence n'apparaît pas dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*. On en trouve toutefois l'équivalent à l'article 719 du *Code criminel*, qui s'applique aux délinquants adultes. La manière suivant laquelle les tribunaux pour adultes appliquent fréquemment cette règle est d'accorder à l'accusé une réduction de peine équivalente au double du temps passé en détention provisoire⁴⁴, ce que certains appellent la pratique du «deux pour un».

Les motifs qu'invoquent les tribunaux pour adultes à l'appui de cette pratique sont de divers ordres. Premièrement, contrairement à la période d'emprisonnement, le temps passé en détention provisoire n'est pas sujet aux divers mécanismes de réduction de la peine prévus par la loi. Deuxièmement, les conditions de détention provisoire sont parfois plus difficiles que celles de l'incarcération qui suit l'imposition de la peine. Troisièmement, l'incertitude dans laquelle la personne accusée se sent alors qu'elle n'a pas encore été déclarée coupable est source d'anxiété. Finalement, certains programmes qui sont accessibles aux détenus condamnés ne le sont pas aux personnes qui sont détenues provisoirement⁴⁵. Bref, dans un contexte où l'incarcération vise la punition du délinquant, il apparaît équitable de réduire la peine d'une durée supérieure à celle de la détention provisoire, et la pratique du «deux pour un» apparaît souvent appropriée.

43. Art. 38(3)d.

44. *Masse c. R.*, [1996] R.J.Q. 564 à la p. 568 (C.A.). *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455 au para. 45.

45. *Ibid.*

L'impact éventuel de l'introduction de cette nouvelle disposition dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* dépendra largement de la manière suivant laquelle les tribunaux l'interpréteront. Le fait que cette loi mette un accent plus prononcé que le *Code criminel* sur la réadaptation des délinquants pourrait être vu comme permettant aux juges d'accorder à ce facteur un poids moindre que celui accordé par les tribunaux pour adultes. De plus, seule une partie des mesures de réduction de peine accordées aux adultes le sont également aux mineurs : ceux-ci ne sont pas admissibles à la libération conditionnelle. Enfin, les peines maximales prévues par la loi à l'endroit des adolescents sont souvent plus brèves que celles que le *Code criminel* prévoit à l'intention des délinquants adultes.

D'autres motifs rendent toutefois possible l'éventualité que des règles similaires à celles qui prévalent dans les tribunaux pour adultes soient appliquées aux mineurs. Des motifs du même ordre que ceux qui sont invoqués à l'endroit des délinquants adultes pourront être évoqués. Tout d'abord, en prescrivant que le dernier tiers de l'ordonnance de mise sous garde et surveillance s'exécutera dans la collectivité, la nouvelle loi introduit un mécanisme de réduction de peine qui ne s'appliquera pas à la détention provisoire; l'incertitude et l'anxiété qui précèdent le verdict relatif à la culpabilité valent pour les jeunes autant que pour les adultes; les programmes de réadaptation ne peuvent être véritablement entrepris qu'une fois la culpabilité établie et la peine imposée. Plus important encore, l'article 38(2)a) de la loi prescrit que

la peine [imposée à un adolescent] ne doit en aucun cas aboutir à une peine plus grave que celle qui serait indiquée dans le cas d'un adulte coupable de la même infraction commise dans des circonstances semblables.

Accorder à la détention provisoire des adolescents un poids moindre que celui qui est accordé à la détention provisoire des adultes serait une manière d'imposer aux adolescents une peine susceptible de contrevenir à cette disposition. C'est à l'expérience que nous verrons comment les tribunaux pour adolescents exerceront leur discrétion; il apparaît toutefois bien plausible qu'ils choisissent de le faire dans le même sens que les tribunaux pour adultes.

Si tel est le cas, quels effets faut-il prévoir?

Un premier impact - évident - sera une réduction du temps réservé à la mise sous garde. Cet impact se fera sentir sur la capacité des centres jeunesse d'entreprendre et mener à terme des démarches de réadaptation avec des adolescents pour qui une période d'internat est nécessaire. La Cour suprême du Canada a qualifié de «temps mort» la détention provisoire des accusés adultes⁴⁶. Cette qualification vaut tout autant - sinon plus - pour les adolescents, du moins là où des programmes de réadaptation sont prévus à leur intention. Ces programmes ne deviennent utilisables qu'à compter du moment où le tribunal impose une peine au jeune qu'il a déclaré coupable. Tant qu'il est présumé innocent, l'adolescent ne peut véritablement être inséré dans un programme qui vise à le traiter pour un problème de comportement dont l'existence n'a pas encore été établie. Des motifs d'ordre juridique et d'ordre éthique y font obstacle. L'adolescent dont la culpabilité et la peine n'ont pas encore été prononcées maintient par ailleurs un espoir de «s'en tirer». La conséquence en est que, psychologiquement, il est dans un état d'esprit qui l'empêche de s'engager dans une démarche de réadaptation. Celle-ci ne devient possible qu'une fois clarifiée la réalité immuable de la condamnation. L'espoir d'un acquittement envolé, confronté à la réalité de la peine imposée, l'adolescent peut alors se placer dans un registre intérieur qui le rendra plus ouvert à l'intervention. La conséquence en est que toute réduction de la durée de la mise sous garde due à la prise en compte de la détention provisoire se solde par une réduction égale du temps qui peut être consacré à des programmes de réadaptation.

Une autre conséquence se produira si les tribunaux s'orientent vers la pratique du «deux pour un» ou vers toute autre pratique par laquelle la durée de la réduction de peine compensant pour la détention provisoire serait plus longue que la détention provisoire elle-même. Les situations ne manquent pas où, compte tenu de la preuve disponible, de la gravité de l'infraction ainsi que des antécédents et de la situation de son client, un avocat de la défense peut prévoir que l'adolescent sera déclaré coupable et mis sous garde à l'issue de la cause. Une question peut alors surgir : quelle attitude adopter lors de l'enquête sur la

46. *R. c. Wust, supra* note 44 au para. 45.

mise en liberté de l'adolescent, au début des procédures? Lorsqu'il discutera avec son jeune client, l'avocat expliquera les conséquences prévisibles des deux options que sont la détention et la mise en liberté pendant l'instance. Il lui fera voir que, pour chaque jour de détention provisoire, il peut accumuler des «crédits» équivalant éventuellement à deux jours de garde. On peut aisément concevoir que des jeunes donneront alors mandat à leur avocat de ne pas s'objecter à la détention provisoire en vue de «faire moins de temps». Un certain nombre d'entre eux le feront d'autant plus volontiers qu'ils préfèrent de toute manière «faire du temps» (comme dans les établissements carcéraux pour adultes) que de s'engager dans une démarche de réadaptation, quels que soient leurs besoins à cet égard. Des échanges que nous avons eus avec des avocats nous ont fait voir que certains avocats de la défense prévoient effectivement utiliser cette stratégie si elle leur devient disponible. Dans la mesure où ils voient leur rôle comme étant de faire en sorte que leurs clients s'en tirent avec la peine la moins contraignante possible, ils n'y voient pas de problème d'éthique. La crainte est par ailleurs exprimée à l'effet que certains avocats fassent parfois traîner les procédures en longueur alors que leurs clients seraient en détention provisoire, en vue de réduire encore plus la durée d'une éventuelle garde.

De telles pratiques toucheront évidemment la durée des mises sous garde, avec un impact évident sur la capacité de réadaptation des interventions en internat. Elles risquent de déboucher à la fois sur un accroissement de la détention provisoire et une réduction de la durée de la garde. Comme ces pratiques surviendront essentiellement dans des affaires impliquant les jeunes qui seraient les plus susceptibles de faire l'objet d'une mise sous garde, elles risquent de réduire le temps de garde utile pour des jeunes qui pourraient en avoir le plus besoin.

Elles auront aussi un autre impact, qui touche plutôt à la portée éducative de l'intervention judiciaire. Le jeune pourra tirer la leçon que, moyennant certaines stratégies et avec l'aide de son avocat, il peut manipuler le cours de la justice et éviter de faire face aux conséquences de son comportement. On pourrait reprendre ici en l'adaptant un paragraphe que le Rapport Jasmin consacrait à la négociation des plaidoyers, insistant sur le fait que de telles pratiques ne doivent pas entraver la dimension éducative des

interventions⁴⁷. Appliquées à la situation qui nous occupe ici, ces lignes pourraient devenir les suivantes :

Tous ceux qui interviennent dans l'application de la loi doivent, chacun selon son rôle et sa fonction, s'assurer que le passage au tribunal aide l'adolescent à intégrer les valeurs sociales qui en feront un citoyen adulte bien adapté. On doit tenir compte de l'impact des façons de faire sur la dimension éducative du processus. On doit s'assurer que la justice apparaisse cohérente et rationnelle à l'adolescent et non pas opportuniste et peu sérieuse. Il y va de la crédibilité de la justice aux yeux de l'adolescent concerné. Agir autrement peut renforcer une tendance à contrevenir aux lois en nourrissant un sentiment d'impunité et la croyance que tout peut se négocier et s'obtenir grâce à des stratégies dont le système est lui-même complice. L'allégeance du jeune aux normes sociales en serait atteinte en raison du comportement de ceux et celles qui doivent les incarner à leurs yeux.

Comme l'a souligné le Comité Jasmin, la justice comporte déjà une part de dysfonctionnements qui portent atteinte à sa fonction éducative. Leur ampleur et leur impact doivent être réduits le plus possible.

La règle selon laquelle le temps passé en détention provisoire doit être pris en compte dans la détermination de la peine procède d'un objectif d'équité évident dans le contexte d'un droit criminel centré sur la punition des délinquants. Le fait de centrer les interventions sur l'éducation et la réadaptation ne doit pas faire perdre de vue la nécessité de demeurer équitable et d'éviter tout abus d'intervention. Cela dit, il faut être conscient du fait que, en important cette règle dans le droit des mineurs, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* réduira la capacité de réadaptation de la justice et mettra en place des conditions pouvant contribuer à miner sa portée éducative. Le fait de ne pas être recherchés n'empêche pas les effets pervers d'une politiques d'être bien réels.

47. *Supra* note 10 à la p. 105.

Une transformation de la mise sous garde - Tout cela pointe dans la direction d'une transformation de la mise sous garde - une transformation qui a déjà commencé au cours des dernières années, mais que le nouveau cadre légal devrait amplifier d'une manière considérable. En 1995, le Comité Jasmin évoquait les changements qui étaient survenus dans la durée des mises sous garde après la mise en vigueur de la *Loi sur les jeunes contrevenants*⁴⁸. La tendance vers un raccourcissement des durées qui avait été observée par le groupe de travail s'est poursuivie depuis. Entre les années 1985-86 et 2000-01, la durée moyenne des placements sous garde effectués au Québec est passée de 120 à 33 jours pour les placements en milieu ouvert et de 121 à 61 jours pour les placements en milieu fermé⁴⁹. Ce changement s'explique à la fois par une diminution des placements de plus de six mois et par un accroissement du nombre des placements de plus courte durée (notamment de moins d'un mois). Alors qu'au cours de la première année d'application de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (1984-85) 11% des ordonnances de mise sous garde rendues au Québec étaient d'une durée de moins d'un mois, ce pourcentage était monté à 27% en 2000-01. En revanche, les pourcentages d'ordonnances d'une durée supérieure à six mois étaient passés de 57% à 15%⁵⁰.

On voit mal comment un placement de trop courte durée peut être centré sur une démarche de réadaptation. À titre d'exemple, on peut supposer qu'une importante proportion des mises sous garde de moins d'un mois sont imposées dans une perspective de dissuasion individuelle; peuvent faire exception à cette règle des mises sous garde discontinues ou d'autres placements qui s'inscrivent dans une stratégie d'intervention plus large. La question centrale qui se pose ici est de savoir jusqu'où l'on peut réduire encore la durée des mises sous garde sans transformer le réseau des centres de réadaptation en un réseau de détention.

48. *Ibid.* à la p. 141.

49. Données fournies par le ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec.

50. Si l'on tient compte de la distinction entre la garde en milieu fermé et la garde en milieu ouvert, on observe que, au cours de la même période, le pourcentage des ordonnances d'une durée inférieure à un mois est passé de 14% à 26% pour le milieu fermé et de 9% à 28% pour le milieu ouvert. Dans le cas des ordonnances d'une durée supérieure à six mois, le pourcentage est passé de 41% à 17% pour le milieu fermé et de 64% à 12% pour le milieu ouvert. Ces pourcentages sont calculés à partir des données du Centre canadien de la statistique juridique sur les tribunaux de la jeunesse au Canada.

La prévision de l'impact de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* sur la mise sous garde n'est pas une affaire simple. On peut toutefois prévoir que la mise en liberté pour le troisième tiers de l'ordonnance de garde et surveillance aura un effet de réduction certain de la durée de la garde. On peut également prévoir un effet du même ordre si les juges choisissent de tenir compte de la détention provisoire de la même manière que le font les tribunaux pour adultes.

On peut tenter d'illustrer par un cas concret l'impact qu'aura l'application de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Imaginons une situation où, après avoir pondéré la gravité de l'infraction, examiné la situation d'un jeune et pris connaissance d'un rapport prédécisionnel, le juge en arrive à la conclusion qu'une mise sous garde de six mois est justifiée. Le rapport prédécisionnel indique qu'une telle durée apparaît minimale pour insérer le jeune dans une démarche de réadaptation. Étant donné la durée du procès et les délais requis pour la préparation du rapport prédécisionnel, l'adolescent a été soumis à deux mois de détention provisoire.

- Sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le juge ordonnera la mise sous garde de l'adolescent pour une période de six mois. À moins qu'il n'apparaisse en cours de placement qu'il pourrait être libéré avant terme, l'adolescent demeurera au centre de réadaptation pendant les six mois.
- Sous le régime de la nouvelle loi, la durée de la garde sera au départ réduite de quatre mois si le tribunal choisit d'appliquer la norme de «deux pour un». Des deux mois qui resteront, le dernier tiers se passera dans la collectivité. C'est donc pendant un mois et un tiers que l'adolescent sera en centre de réadaptation.

Cet exemple - qui n'a rien d'exceptionnel - illustre la transformation des interventions qui risque de survenir et qui, à son tour, risque d'entraîner une transformation du réseau des centres de réadaptation. La durée des mises sous garde risque de devenir trop brève dans nombre de cas pour qu'un travail de réadaptation sérieux puisse être fait à l'interne. Les centres de réadaptation risquent de devenir plus qu'aujourd'hui des centres de détention. La question

risque alors d'être posée s'il est nécessaire de recourir à des éducateurs souvent formés à l'université pour pratiquer des interventions professionnelles, alors que les tâches à exécuter dans bon nombre d'unités seraient devenues plus de l'ordre de la détention que de la réadaptation. Les périodes de crises budgétaires sont souvent fertiles pour ce type de questionnement et on ne doit surtout pas tenir pour acquis que ces questions ne seront pas posées. Des gardiens coûtent moins cher que des éducateurs. La réduction de la durée des périodes de garde peut avoir comme conséquence que, en certains endroits, on en vienne à considérer leurs services comme suffisants. Si on devait sacrifier la priorité qui a été mise au cours des trois dernières décennies sur l'engagement d'éducateurs professionnels, la réduction n'aura pas atteint que la durée des mises sous garde, mais le cœur même de la qualité des services aux jeunes. La réadaptation ne se pratique pas qu'en internat; celle qui doit s'exercer dans ce type de milieu requiert toutefois des conditions dont la réalisation est essentielle pour que l'appellation «centre de réadaptation» conserve son sens.

Pour préserver certains acquis - Des mesures devront être prises si l'on veut préserver le plus possible certains acquis et s'assurer que la réalité des centres de réadaptation corresponde à leur titre.

- L'on ne pourra empêcher que le troisième tiers de l'ordonnance de garde et surveillance s'exécute dans la collectivité. Il faudra donc préparer cette période le mieux possible, en mettant un accent particulier sur la préparation du retour du jeune dans son milieu. Ce moment que la nouvelle loi définit comme une période de surveillance au cours de laquelle l'adolescent doit respecter des conditions qui lui sont imposées devra être conçu en fonction de l'appui à donner au jeune pour que sa réinsertion se fasse le mieux possible. Le choix de ces conditions sera tout à fait crucial. Elles devront être minimales et réalistes, compte tenu de la situation du jeune. Devant la porte qu'ouvre la nouvelle loi fédérale, certains seront tentés d'encadrer des jeunes au moyen de conditions nombreuses et strictes. Il ne faut pas oublier que les conditions ne lient pas que l'adolescent; elles contraignent les intervenants sociaux et judiciaires à l'action lorsqu'elles sont violées. La conséquence de conditions le moins strictes et nombreuses sera un danger nettement

plus grand de violations des conditions, susceptibles d'entraîner à leur tour des mises sous garde de courte durée comme sanctions. Une série de mises sous garde de courte durée ne permettra jamais la mise en place de programmes de réadaptation comme peut le permettre une période de garde de longue durée, même si la durée totale devait être la même dans les deux cas. Elle ne donnera lieu qu'à de la détention punitive, non à de la réadaptation. Elle demeure toutefois l'un des effets pervers possibles de la nouvelle loi. Le choix judicieux et modéré des conditions associées à la période de surveillance sera l'une des conditions essentielles à la réduction de la probabilité d'occurrence de cet effet pervers.

- Vu la réduction de sa durée, la mise sous garde devra, plus encore que maintenant, être vue comme un élément dans une stratégie d'intervention incluant d'autres volets, afin de compenser pour ce qui ne pourra plus être fait à l'interne vu sa plus courte durée.
- Le recours à la détention provisoire aura un impact certain sur la durée de la mise sous garde. Pour réduire cet impact, une vigilance de tous les instants sera nécessaire à plusieurs égards :
 - Plus que jamais, la détention provisoire devra être utilisée de façon minimale. Il ne fait pas de doute que cette nécessité imposera souvent des choix déchirants et indésirables : on pourra juger cette détention provisoire nécessaire pour des motifs parfaitement justifiés et néanmoins la rejeter pour ne pas handicaper les possibilités d'interventions significatives ultérieures. Il restera toutefois de nombreux cas où, malgré les efforts, cette détention provisoire sera jugée trop nécessaire pour en faire l'économie, avec l'effet qui en découlera sur la mise sous garde ultérieure.
 - Les délais liés à l'intervention judiciaire et aux évaluations psychosociales dont les juges ont besoin devront être réduits autant qu'il sera possible. Un amendement apporté au projet de loi au cours des débats parlementaires prévoit que la justice pour les adolescents

doit mettre l'accent sur «la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie de l'adolescent»⁵¹. Particulièrement dans les cas où les jeunes sont détenus provisoirement, les avocats devront s'appliquer à procéder sans retard, en évitant les remises qui ne soient pas essentielles. Les juges devront exiger avec rigueur que les parties procèdent, sauf motifs sérieux. Les services du directeur provincial devront fournir les rapports prédécisionnels à l'intérieur de délais courts. Bref, l'appel à la célérité qu'avait lancé le Rapport Jasmin⁵² deviendra plus que jamais impératif : tout délai qui ne sera pas évité affaiblira la capacité des centres de réadaptation d'effectuer un travail sérieux auprès des jeunes.

- Ces moyens seront essentiels afin de limiter les impacts négatifs de la nouvelle loi. Ils ne pourront toutefois pas les annihiler. Aussi faudra-t-il développer de nouvelles approches d'intervention à l'intention de jeunes qui sont dans la collectivité. À titre d'exemple, le rôle des parents dans les interventions devra être valorisé et développé plus encore que maintenant. Autre exemple : on peut penser que la probation intensive prendra une importance accrue. Il ne faut toutefois pas voir dans cette mesure une panacée; elle ne pourra prendre le relais de la mise sous garde que dans un certain nombre de cas, et les deux mesures auront parfois avantage à être utilisées de manière complémentaire dans un même cas. Il faudra tout particulièrement se méfier de son utilisation à l'endroit de jeunes dont la capacité de remplir les conditions de l'ordonnance de probation apparaîtra trop risquée; il serait quelque peu paradoxal que, par exemple, un adolescent déclaré coupable d'un cambriolage d'une gravité certaine ne soit pas mis sous garde

51. Art. 3(1)b)(v).

52. La question de la célérité dans les interventions en est une sur laquelle le groupe de travail est revenu à plusieurs reprises dans son rapport. *Supra* note 10 aux pp. 29-30, 65-66, 83-86, 125-28, 185-87.

parce que l'infraction ne comportait pas de violence contre la personne, mais qu'il le soit par la suite en raison de violations de l'ordonnance de probation d'une gravité moindre que le cambriolage, surtout si l'on pouvait relativement prévoir ces violations dès le départ. Il y a là de possibles effets pervers de la loi, desquels il faudra se méfier.

- Là où un placement en internat sera véritablement nécessaire pour une durée que ne permettra pas la nouvelle loi, on devra examiner si la *Loi sur la protection de la jeunesse* permet d'y recourir. On ne peut toutefois pas tenir pour acquis que cela pourra se faire dans tous les cas, particulièrement lorsque le dix-huitième anniversaire du jeune est le moins rapproché.

Ces pistes - et d'autres encore - devront être explorées et les conclusions qui en découleront devront être mises en application avec vigilance, constance et rigueur. C'est à ce prix que l'on pourra réduire, dans une certaine mesure, certains des impacts négatifs que la nouvelle loi produira sur la réadaptation en internat.

2.2.2- La probation

Il y a lieu d'ajouter un mot sur la probation, même s'il est très bref. De toutes les mesures auxquelles recourent les tribunaux pour adolescents, la probation est de loin la plus utilisée. Après avoir été utilisée comme mesure la plus importante dans une cause sur deux depuis le début des années 1990, elle l'est maintenant dans près de deux causes sur trois⁵³. La nouvelle loi ne réduira pas son utilisation. Au contraire, la diminution de l'importance accordée à la garde sera de nature à accroître l'effort demandé à la probation. Des jeunes qui

53. En 2000-01, la probation fut ordonnée comme mesure la plus importante par la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec dans 4461 causes, soit 64% des 6982 causes où une mesure fut ordonnée. Source : statistiques sur les tribunaux de la jeunesse, Centre canadien de la statistique juridique. Il convient de noter que ces données relatives à la probation n'incluent que les causes où la probation fut ordonnée comme mesure la plus importante. C'est dire, par exemple, que les affaires où la probation fut ordonnée en plus d'une mise sous garde sont comptabilisées parmi les mises sous garde et non parmi les ordonnances de probation. Il en découle que la proportion d'affaires où la probation fut ordonnée (à titre de mesure la plus importante ou non) est, dans les faits, encore plus élevée.

auraient été mis sous garde seront placés en probation; d'autres qui seront mis sous garde pour une période plus courte qu'à présent pourront faire l'objet de doubles ordonnances de garde (et surveillance) et de probation. Là où la probation remplacera en tout ou en partie une période de garde, on estimera qu'elle devra se faire plutôt intensive. Il faudra notamment intervenir en visant plusieurs des problèmes que rencontrent les adolescents concernés dans leur vie; ceux des jeunes qui posent problème connaissent souvent des problèmes multiples, dont les diverses dimensions doivent être prises en compte.

Il ne faut pas croire toutefois que la manière de pratiquer la probation sera sans impact sur la mise sous garde elle-même. La probation intensive impose à un jeune des conditions qui peuvent être exigeantes. Les probabilités de violation des conditions sont nettement plus élevées dans ces cas que pour la probation ordinaire. Ces probabilités sont accrues à la fois par les exigences plus grandes de la probation intensive et par la surveillance plus serrée qu'elle comporte. Les probabilités qu'une violation soit sanctionnée par une période de garde sont donc plus grandes dans le cas de la probation intensive que dans le cas de la probation régulière. Aux yeux de la nouvelle loi, ces violations doivent être prises au sérieux puisqu'elles comptent parmi les situations pouvant donner ouverture à la mise sous garde et surveillance, au même titre par exemple que les infractions avec violence⁵⁴. Il n'est pas dit toutefois que ces mises sous garde pourront être de longue durée; vu le principe de la proportionnalité, une violation devra être d'une gravité considérable pour justifier une garde de longue durée. Aussi peut-on s'attendre que le recours à plus de probation intensive sera susceptible de générer un certain nombre de mises sous garde, surtout de courte durée.

2.3- Des points d'appui essentiels à l'application des mesures

Les considérations qui précèdent concernaient des mesures particulières, qu'elles soient extrajudiciaires ou ordonnées par le tribunal. D'autres considérations pourraient être pertinentes à l'ensemble des mesures et, de fait, leur servir d'appui. Abordons-en deux en terminant : le recours à la *Loi sur la protection de la jeunesse* et l'engagement des parents dans les interventions.

54. Art. 39(1).

2.3.1- Le recours à la *Loi sur la protection de la jeunesse*

Nous avons vu plus haut que, avec la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, les décisions seront centrées sur les infractions plus encore que ce n'est le cas avec la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La nouvelle loi vise apparemment que, dans des cas d'infractions graves, des peines plus sévères soient imposées. Cela pourrait notamment se traduire par l'imposition de peines d'adultes dans les cas d'infractions les plus graves. Ces infractions très graves ne constituent toutefois pas l'essentiel du menu quotidien de nos tribunaux. Les jeunes y sont traduits d'abord et avant tout pour des infractions contre la propriété; lorsqu'il y a violence, elle est rarement extrême. Dès lors, l'application plus rigoureuse du principe de la proportionnalité que comporte la nouvelle loi imposera des limites à la baisse quant au degré d'intervention qui sera possible dans divers cas. Quels que soient les besoins que présente le jeune et les exigences de la réadaptation, on ne pourra imposer une mesure allant au-delà de ce que permettra la gravité de l'infraction.

D'autres limites sont prévues dans la loi, dont nous n'avons que rapidement fait état plus haut. On peut penser notamment aux suivantes :

- la mise sous garde sera essentiellement réservée aux auteurs d'infractions violentes (récidivistes ou non), à ceux qui ont violé les conditions d'une ordonnance les laissant en liberté dans la collectivité et aux multirécidivistes;
- la peine que l'on imposera à un adolescent ne devra pas excéder celle qui pourrait être imposée à un adulte coupable de la même infraction commise dans des circonstances semblables.

Enfin, les dispositions que nous avons évoquées relativement à la mise sous garde auront pour effet de réduire de manière significative la durée des périodes de garde dans la quasi-totalité des cas.

Il est des cas où l'on constatera que ces limites empêchent que l'on réponde aux besoins que présentent les jeunes concernés. Que faire alors? L'hypothèse qui pourrait venir spontanément à l'esprit serait de se tourner vers la *Loi sur la protection de la jeunesse*, dont l'objectif est précisément de

répondre au besoin de protection de mineurs dont la sécurité ou le développement est compromis. La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* rappelle d'ailleurs que le tribunal peut, à toute phase des poursuites, faire un signalement au directeur de la protection de la jeunesse⁵⁵. Ce recours constituera effectivement une solution appropriée dans certains cas, mais il ne doit pas être vu comme une panacée.

Le signalement d'un jeune contrevenant au directeur de la protection de la jeunesse requiert qu'une évaluation soit faite. Selon l'organisation et les procédures propres à chaque centre jeunesse, cette évaluation peut devoir être faite par d'autres intervenants que ceux qui ont déjà rencontré l'adolescent et ses parents dans le cadre de l'action pénale. Le jeune et sa famille peuvent devoir rencontrer de nouveaux intervenants et reprendre avec eux un processus qui peut être fort exigeant, notamment sur le plan émotif. Il se peut par ailleurs qu'une nouvelle intervention judiciaire soit nécessaire, ce qui peut constituer une intrusion considérable dans la vie personnelle des individus concernés. Là où plusieurs juges sont disponibles, la nouvelle intervention judiciaire devra être présidée par un nouveau juge, qui devra reprendre en entier l'examen de l'affaire. Par contre, là où un seul juge sera disponible, la possibilité que le juge qui a procédé au signalement soit appelé à statuer lui-même sur la nécessité d'intervenir en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* pose la question de son impartialité par rapport à l'issue de la cause. La multiplication d'interventions peut être très frustrante, particulièrement pour les parents dont la collaboration est essentielle afin d'assurer le succès des interventions. On risque alors de miner le terrain de cette nécessaire collaboration plutôt que de le rendre fertile, endommageant ainsi les conditions qui peuvent favoriser la réussite des interventions. Il découle par ailleurs de tout cela des délais supplémentaires, qui retardent l'application de mesures qu'il vaudrait souvent mieux appliquer le plus rapidement possible. À cela s'ajoutent les coûts et les ressources associés à ces nouvelles interventions sociales et judiciaires. La double évaluation et la double intervention judiciaire comportent des inconvénients qui ne doivent pas être minimisés. Ajoutons également qu'un placement pratiqué en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ne peut se

55. Art. 35.

poursuivre au-delà de l'âge de 18 ans⁵⁶, contrairement à une mesure imposée en vertu de la loi fédérale. La conséquence en est que les interventions apparaissent très souvent inutiles dans les mois qui précèdent le dix-huitième anniversaire des jeunes, et que l'on s'abstient alors de prendre des mesures pourtant jugées nécessaires. Plus cet anniversaire approche, moins les praticiens se sentent la capacité d'agir de manière efficace et plus les interventions sont à court terme et tendent à être minimales. Quant aux jeunes, ils savent bien qu'ils seront rapidement libérés de l'autorité du directeur de la protection de la jeunesse, ce qui est de nature à réduire leur motivation à s'engager dans une démarche de changement. Dans ce contexte, les interventions apparaissent très souvent peu productives, voire inutiles.

Il faut par ailleurs rappeler que les interventions conçues pour les mineurs en danger et celles qui visent les jeunes contrevenants ne partagent ni les mêmes fondements, ni les mêmes finalités. Les premières reposent sur le fait que la sécurité ou le développement de jeunes est compromis; elles visent à mettre fin à cette compromission. Les secondes font suite à la commission d'infractions, auxquelles elles constituent une réaction à des fins telles que la protection de la société (par la réadaptation, l'éducation, la dissuasion, la neutralisation ou la réaffirmation des normes) ou la réparation. Il est compréhensible que l'on signale au directeur de la protection de la jeunesse la situation d'un jeune contrevenant lorsqu'on réalise en cours d'intervention que sa sécurité ou son développement est compromis. Toutefois, dans un contexte où des intervenants se sentiront privés de moyens d'intervention que leur offrait auparavant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, la tentation sera parfois grande de recourir à la *Loi sur la protection de la jeunesse* pour conserver l'équivalent de ces moyens dont les prive la nouvelle loi fédérale. Il faudra demeurer conscient que l'utilisation d'une loi sur la protection de l'enfance pour réagir essentiellement à des problèmes de délinquance pervertit le fondement et la finalité de cette loi. Il y a déjà deux décennies que la Commission Charbonneau

56. *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 64. Le seul cas où l'on peut faire exception à cette règle est celui où la personne placée consent à la prolongation du placement et où cette prolongation est nécessaire parce que l'état de cette personne ne permet pas son retour ou son intégration à domicile.

a recommandé la séparation des deux régimes⁵⁷; cette séparation a pris effet en avril 1984, lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La mise en application d'une nouvelle loi fédérale qui est plus centrée sur l'infraction et moins sur l'adolescent que la loi antérieure engendrera la tentation de recourir à la *Loi sur la protection de la jeunesse* dans des cas pour lesquels elle n'est pas conçue.

On ne peut résoudre l'ensemble de ces problèmes : certains d'entre eux sont tout simplement inhérents au fait de recourir aux deux lois. Leur ampleur pourrait s'accroître dans la mesure où il faut s'attendre à ce que la nouvelle loi fédérale génère un accroissement de la nécessité de recourir à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Il deviendra donc d'autant plus impératif de se pencher sur la manière de traiter ces affaires, de façon à réduire les problèmes liés à la double intervention. Par exemple, les intervenants sociaux qui ont procédé à la première évaluation ne pourraient-ils pas demeurer responsables de la seconde? Si une intervention a déjà été entreprise par un délégué à la jeunesse - que ce soit en probation ou autrement - ce délégué ne pourrait-il pas demeurer responsable de l'évaluation et, éventuellement, de l'intervention en protection de la jeunesse? Si des problèmes d'ordre éthique se posaient quant à l'utilisation, pour fins de protection de la jeunesse, d'informations obtenues dans le cadre d'un mandat à caractère pénal, l'accord des personnes ayant fourni l'information ne pourrait-il pas être demandé pour éviter d'avoir à reprendre l'évaluation à zéro? Sans prétendre résoudre ainsi tous les problèmes, la préservation de certains acquis requiert que l'on simplifie le plus possible la manière d'intervenir en vertu des deux lois. Il en va bien plus que d'une simple économie de ressources et d'énergie; la collaboration des personnes visées et, partant, la qualité des interventions, est en cause. Cette condition fait partie de celles qui sont requises pour que la *Loi sur la protection de la jeunesse* puisse, dans certains cas, servir d'assise à des interventions que ne permettra plus la loi fédérale.

2.3.2- L'engagement des parents dans les interventions

57. Québec, Assemblée nationale, *Rapport de la commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, Assemblée nationale du Québec, 1982, partie 1 aux pp. 15-85.

Que ce soit en protection de la jeunesse ou en réaction à une infraction, la participation des parents aux interventions qui visent leurs enfants est cruciale. Elle le devient d'autant plus que, dans le contexte d'application de la nouvelle loi, les jeunes seront appelés à passer moins de temps en centre de réadaptation que sous le régime de la loi actuelle. Qui alors comptera parmi les principaux acteurs dont la contribution sera essentielle au bon déroulement des interventions, sinon les parents? Premiers modèles proposés à leurs enfants, ils demeurent les premiers responsables de leur éducation. Lorsqu'ils vivent avec leurs enfants, ils interagissent avec eux bien plus que ne peut le faire n'importe quel intervenant. Il faut en faire des partenaires dans les interventions; ce doit être là l'une des pierres d'assise de nombre d'interventions, particulièrement si l'on accroît l'importance des interventions dans la collectivité.

Le manque d'engagement des parents est souvent problématique. À titre d'exemple, une étude faite à Montréal à partir des dossiers signalés par la police en 1988 révèle que, lors de la séance où le juge rend l'importante décision sur la mesure, les deux parents étaient absents dans un cas sur deux; ils n'étaient tous deux présents que dans un cas sur dix; la mère était présente seule dans près d'un cas sur trois et le père, seul, dans près d'un cas sur dix. Des données de la même étude portant sur Joliette et Valleyfield démontraient l'existence d'un problème du même ordre⁵⁸. Dans un autre contexte - celui de l'exécution d'une mesure de probation - une étude du ministère de la Santé et des Services sociaux faite il y a quelques années révèle que les délégués à la jeunesse ne faisaient participer les parents à l'élaboration d'un plan d'intervention en probation que dans 35% des cas où un tel plan était élaboré. Les mêmes délégués percevaient le manque de collaboration de la famille comme un des principaux facteurs nuisant aux résultats de la probation (même s'ils estimaient souvent cette collaboration comme excellente ou très bonne)⁵⁹. On comprend que le Comité Jasmin ait été amené à conclure que la participation des parents aux mesures ordonnées par le tribunal devrait être accrue et que les intervenants

58. S. Laflamme-Cusson, L. Langelier-Biron et J. Trépanier, *La prise de décision à l'endroit des jeunes contrevenants*, Montréal, Université de Montréal, Centre international de criminologie comparée, 1992 aux pp. 84, 138, 186.

59. S. David, J.-L. Ouellet et H. Tremblay, *La mesure probatoire dans les centres de services sociaux : état de la situation*, Québec, Direction générale de la prévention et des services communautaires, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1992 aux pp. 43, 63, 70.

sociaux et judiciaires devraient faire des parents des partenaires dans les interventions, quitte à leur offrir le support et l'aide nécessaires pour leur permettre de s'acquitter de ce rôle⁶⁰.

Fréquemment pointés du doigt comme étant à l'origine des difficultés posées par leurs enfants, les parents sont souvent identifiés comme faisant partie «du problème» et non de «la solution». D'où la tendance qui a beaucoup marqué nos pratiques d'intervention d'écarter leur participation. Cette façon de faire est maintenant remise en question⁶¹, mais les pratiques n'ont que partiellement suivi ce changement de vision. Sans doute les parents des jeunes qui sont amenés devant la justice des mineurs constituent-ils un groupe de personnes très hétérogène, qui ne sont pas toutes capables d'apporter la même contribution éducative à leurs enfants. Mais dans l'ensemble, comme le souligne le Rapport Jasmin, il faut

viser à *faire faire* des choses par les parents plutôt que chercher à tout *faire* à leur place. Il faut miser et mettre l'accent sur leurs compétences éducatives plutôt qu'insister sur leurs seules vulnérabilités, si réelles soient-elles. C'est ainsi qu'on peut les amener à développer leurs compétences et à sentir qu'ils peuvent mieux s'approprier et prendre en mains leurs responsabilités éducatives à l'endroit de leurs enfants. La collaboration des parents aux interventions est un geste éducatif de haute portée qui, à la fois, les confirme dans leur autorité et confirme l'autorité de la loi. [...] Il nous apparaît essentiel que les parents ne soient pas relégués au rôle de spectateurs d'une intervention qui se déroulerait entre l'État et leur enfant. On doit viser à les placer au centre des interventions, que celles-ci se situent dans les contextes policier, judiciaire ou social.⁶²

Faut-il le rappeler, ce souci de faire participer les parents aux interventions éducatives ne doit pas faire abstraction des pères. Trop souvent, seules les mères (qui, fréquemment séparées, ont la garde des enfants) sont rejointes. Séparés de leurs enfants, les pères s'en distancient de plus en plus au

60. *Supra* note 10 aux pp. 183-85.

61. Voir par exemple G. Gendreau *et al.*, *Briser l'isolement entre jeune en difficulté, éducateurs et parents*, Montréal, Éditions Sciences et Culture, 1993.

62. *Supra* note 10 aux pp. 28-29.

fil du temps. Cet éloignement de nombreux pères doit être vu comme faisant partie des problèmes auxquels il faut apporter une solution plutôt que comme une absence avec laquelle il faut composer.

Cette nécessité d'assurer la participation des parents dans les interventions n'est en rien due à la nouvelle loi : elle a déjà été affirmée maintes fois dans le passé. Elle deviendra encore plus pressante dans le contexte que créera la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, où plus de jeunes demeureront dans leurs familles et où ceux qui feront l'expérience de la garde retourneront plus vite dans leur milieu. Les parents compteront donc plus que jamais parmi les assises des interventions.

CONCLUSION

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* comporte d'importants changements de politiques qui auront un impact important sur les pratiques. Nous avons évoqué quelques-uns des plus significatifs. D'autres auraient pu être abordés mais ne l'ont pas été, compte tenu des limites du présent texte. On peut penser par exemple à l'imposition de sentences pour adultes.

Les pratiques qui ont cours aujourd'hui, tant dans les tribunaux que dans le réseau des services sociaux, ont été élaborées au fil des ans. Elles ne sont pas sans faille, peu s'en faut : le Comité Jasmin a bien montré comme elles étaient susceptibles d'améliorations. Cela dit, elles demeurent un acquis majeur, sur lequel on souhaite que les interventions de demain puissent prendre assise. La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* créera un cadre légal très différent de celui dans lequel les pratiques actuelles se sont développées. Ce cadre légal procède à maints égards d'un esprit étranger - voire parfois contraire - à celui dans lequel les pratiques d'intervention ont été élaborées au Québec. Il marquera l'évolution des pratiques, et pas toujours pour le mieux. Le défi sera grand de maintenir les acquis dans la mesure du possible.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES TROIS DIMENSIONS DE LA PROTECTION DES MINORITÉS EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

Auteur(s) : José WOEHLING

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 93-155

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12281>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12281>

Page vide laissée intentionnellement.

LES TROIS DIMENSIONS DE LA PROTECTION DES MINORITÉS EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ*

par José WOEHLING**

SOMMAIRE

I -	Le concept de minorité et les différentes catégories de minorités	95
A.	L'élément numérique	100
B.	L'élément qualitatif de «non-dominance»	104
C.	Le lien de nationalité	105
D.	«Anciennes» et «nouvelles minorités»	107
E.	Les différentes attitudes des États à l'égard du problème minoritaire	111
II -	La protection des minorités par les droits de la personne	117
A.	Les minorités religieuses	117
B.	Les minorités linguistiques	120
1)	La liberté d'expression	121
2)	Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination	124
III -	La protection des minorités par des droits spécifiques (ou protections spéciales)	128
A.	Principe de territorialité et principe de personnalité	130
B.	Variation du régime selon le niveau politique ou administratif considéré	132
C.	Les effets de la reconnaissance du statut de langue officielle	133

*. Rapport général présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

D.	Gradation des droits reconnus selon le nombre et la concentration géographique des membres de la minorité	136
E.	Les critères d'appartenance à la minorité	138
F.	Le caractère à la fois individuel et collectif des protections minoritaires spéciales	139
G.	Les modalités de mise en œuvre du droit à l'enseignement dans la langue minoritaire	140
IV -	La protection des minorités par des aménagements institutionnels	143
A.	L'exercice par les minorités d'une autonomie politique à base territoriale	144
B.	Les aménagements institutionnels autres que territoriaux	148
1)	L'autonomie personnelle	148
2)	Les mécanismes destinés à garantir la représentation de la minorité dans les organes politiques et sa participation effective aux décisions prises par ceux-ci	150
Conclusion	153

Ce rapport général est basé sur douze rapports nationaux qui ont été présentés pour les pays suivants (par ordre alphabétique) : la Belgique, le Brésil, le Canada, la Colombie, le Costa Rica, la France, l'Italie, le Japon, le Liban, le Mexique, le Panama et la Turquie¹.

Après quelques réflexions sur le concept même de minorité et les différentes catégories dans lesquelles se rangent les minorités, nous examinerons successivement la protection des minorités par les droits de la personne reconnus à tous, par les droits spécifiquement reconnus aux minorités (ou «protections spéciales») et, enfin, par les aménagements institutionnels du pouvoir politique, territoriaux ou autres.

I - Le concept de minorité et les différentes catégories de minorités

Dans un premier sens, la notion de minorité renvoie – symétriquement – à celle de majorité. Comme les décisions en démocratie sont le produit de la volonté de la majorité, il existe nécessairement, par rapport à chaque processus de prise de décision (sauf dans les cas rares de décisions prises à l'unanimité), une majorité et une minorité. Ce premier sens est donc celui de la «minorité politique». Normalement, cette minorité n'a pas besoin d'être protégée de façon particulière, d'une part parce que le système démocratique contient lui-même un certain nombre de garanties qui encadrent le processus majoritaire (droits de l'opposition, contrôle de constitutionnalité, liberté d'expression, etc), d'autre part, parce la minorité politique n'est pas une minorité structurelle (ou invariante) dont tous les membres posséderaient des traits communs durables, des caractéristiques les différenciant de façon permanente de la majorité, mais plutôt une minorité conjoncturelle; les membres de la minorité politique

1. Les auteurs des rapports nationaux sont les suivants; Belgique : M. Jean-Claude Scholsem; Brésil : MM. Ives Gandra de Silva Martins et Paulo Lucena de Menezes; Canada : Mme Danielle Pinard et M. Jean-François Gaudreault-DesBiens; Colombie : M. Nestor Osuna; Costa Rica : MM. Ruben Hernandez et Gerardo Trejos Salas; France : Mme Marie-Luce Pavia; Italie : M. Alessandro Simoni; Japon : M. Hajimé Yamamoto; Liban : Mme Lara Karam-Boustany; Mexique : M. Manuel Gonzalez Oropeza; Panama : M. Ariel I. Corbetti; Turquie : Dr. Aydin Gülan et Emre Öktem. En outre, bien qu'aucun rapport écrit n'ait été présenté pour la Suisse, le Professeur Giorgio Malinverni, qui participait aux Journées mexicaines en qualité de rapporteur national sur un autre thème, a fait une présentation orale de la situation suisse en matière de protection des minorités.

changent de façon permanente, au gré des questions qui font l'objet du processus décisionnel.

Dans un deuxième sens, le concept de minorité renvoie à des groupes, à l'intérieur de la société globale, qui présentent une certaine permanence (qui sont structurels ou invariants) par le fait que leurs membres partagent tous une caractéristique immuable, ou qui ne se change pas facilement ou pas rapidement. En outre, cette caractéristique commune est d'habitude à l'origine d'une certaine vulnérabilité du groupe par rapport au reste de la société. Dans ce deuxième sens, le concept de minorité semble renvoyer avant tout à celui de «groupe vulnérable». Peuvent par exemple être considérés comme formant une minorité les personnes handicapées (sur le plan physique ou mental), les jeunes, les personnes âgées, les chômeurs, les personnes homosexuelles, les malades, les minorités de couleur, les femmes, les étrangers, les assistés sociaux, les sans domicile fixe, et l'on pourrait ajouter longtemps à la liste.

Le plus souvent, une autre raison de cette vulnérabilité tient à la taille du groupe, inférieure à celle de la société dans son ensemble. Les minorités se définissent normalement par rapport à la majorité : majorité des «bien-portants», des gens d'âge intermédiaire, des hétérosexuels, de ceux qui ont un emploi, de ceux qui ont la nationalité du pays, etc. Cependant, ce n'est pas toujours le cas et il existe des groupes numériquement majoritaires mais socialement, économiquement ou politiquement défavorisés, «minorisés». Le cas le plus important et le plus répandu est bien sûr celui des femmes. Pendant longtemps, en Afrique du Sud, les gens de couleur étaient dans la même situation de «majorité minorisée».

Pour résumer, dans ce deuxième sens très large, les minorités sont des groupes défavorisés au plan économique, social ou politique, quel que soit leur rapport numérique à l'ensemble de la société, bien qu'il s'agisse presque toujours d'un rapport d'infériorité. Si l'on embrasse le concept de «minorité» de façon aussi large, la problématique des minorités se confond avec celle de l'égalité et de la lutte contre la discrimination qui faisait le thème des Journées Henri Capitant en 2001.

Il existe également un sens plus spécialisé et plus restreint du concept de minorité qui est celui utilisé en droit international, en particulier dans les instruments de protection des droits de l'homme et des droits des «minorités» et qui réserve ce terme pour désigner les minorités «ethniques, linguistiques ou religieuses» (selon l'expression qui apparaît dans l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²), ou encore les minorités «nationales» (selon l'expression utilisée dans la *Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales*³).

Les qualificatifs «linguistiques ou religieuses» sont suffisamment clairs pour se passer d'explications; par ailleurs, étant donné l'importance de la langue et de la religion pour l'identité culturelle, les minorités linguistiques et religieuses peuvent souvent être considérées comme étant plus généralement des minorités culturelles (c'est ce que souligne par exemple le rapport libanais à propos des communautés religieuses de ce pays). Quant à l'adjectif «ethnique», il n'a ici aucune connotation raciale et renvoie à un ensemble d'individus qui partagent certains traits de civilisation, notamment la communauté de langue et de culture. L'adjectif «nationale» semble renvoyer à un concept voisin : celui d'un groupe humain qui se caractérise par la conscience de son unité culturelle et par la volonté de vivre en commun⁴. Le dénominateur commun de tous les qualificatifs utilisés pour désigner les minorités dans le sens spécialisé est donc qu'ils renvoient, directement ou indirectement, à l'unité et au particularisme *culturels* d'un groupe, à l'appartenance de ses membres à une même culture ou à certaines formes de celle-ci. Pour simplifier, on parlera dorénavant des «minorités de type culturel».

2. (1976) 999 R.T.N.U. 187; entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976.

3. *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, S.T.E. n° 157; entrée en vigueur : 1er février 1998. Pour une analyse de cet instrument, voir : F. Benoit-Rohmer, «Les organisations européennes face à la question minoritaire», (2001) 95-96 *Terminogramme* (revue de recherche et d'information en aménagement linguistique et en terminologie publiée par l'Office de la langue française du Québec) 77 aux pp. 91-97.

4. L'adjectif «nationale» pourrait également renvoyer à l'appartenance de la minorité à une autre nation (que celle constituant la majorité sur le territoire de référence), auquel cas il serait synonyme d'ethnique, ou encore comporter l'exigence de possession, par les membres de la minorité, de la nationalité de l'État de résidence ou, enfin, signifier que la position minoritaire, au sens quantitatif, doit s'apprécier au niveau national plutôt que régional ou local.

Dès lors, il est possible d'apercevoir un certain nombre de différences entre les minorités au sens large, c'est-à-dire l'ensemble des groupes vulnérables dans une société, et les minorités de type culturel.

En premier lieu, les groupes vulnérables existent dans toutes les sociétés, ce qui n'est pas le cas des minorités de type culturel. Certains pays sont en effet très homogènes sur le plan religieux, linguistique et culturel. Cependant, il faut préciser qu'ils ne constituent pas une majorité. En effet, il semble qu'un tiers seulement des États existant sur la planète rentre dans cette catégorie; les deux autres tiers sont hétérogènes sur le plan culturel, linguistique ou religieux.

Ensuite, en simplifiant quelque peu, on peut affirmer que les groupes vulnérables réclament la levée des barrières juridiques ou matérielles qui empêchent leur pleine intégration dans l'ensemble social. Ils réclament la jouissance, formelle et matérielle, des droits dont bénéficie la majorité et la pleine participation aux institutions de celle-ci. Par contre, les minorités de type culturel réclament souvent, voire toujours, un traitement juridique particulier, des institutions distinctes de celles de la majorité pour leur permettre d'assurer la perpétuation et la transmission de leurs traits linguistiques, religieux ou culturels particuliers. Les groupes vulnérables peuvent également réclamer un traitement particulier, préférentiel, sous la forme d'un programme d'action positive par exemple, pour être mis en situation d'égalité réelle plutôt que simplement formelle. Mais de tels programmes, pour être valides, doivent normalement être temporaires et cesser lorsque le retard du groupe cible par rapport à l'ensemble de la société a été comblé. Ce point ressort bien du rapport colombien qui souligne que les programmes d'action positive ne sont pas orientés vers la préservation de la singularité culturelle d'un groupe humain, mais se proposent plutôt d'intégrer pleinement le groupe visé à la société dans son ensemble⁵.

Enfin, très souvent les minorités de type culturel réclament des garanties particulières de participation au pouvoir politique, allant jusqu'à l'autonomie gouvernementale à base territoriale. Dans ce dernier cas, elles expriment des

5. Il faut cependant noter que certains groupes vulnérables ont besoin de programmes spéciaux permanents plutôt que provisoires; c'est notamment le cas des handicapés.

revendications autonomistes, ce qui n'est jamais le cas des groupes vulnérables. La présence de minorités de type culturel entraîne donc le plus souvent des demandes portant sur l'aménagement institutionnel et spatial du pouvoir politique dans l'État, sur le partage du pouvoir politique entre majorité et minorité(s). Par contre, les groupes vulnérables se contentent habituellement de réclamer une plus grande attention du pouvoir politique à leurs besoins et à leur situation. Il est vrai que la frontière s'efface parfois entre les deux situations : par exemple, la question de la représentation des femmes dans les institutions politiques se rapproche de celle de la représentation des minorités nationales. Ultimement, les minorités de type culturel, surtout les minorités nationales, peuvent adopter un projet souverainiste ou sécessionniste qui menacera l'existence même de l'État englobant (on pense par exemple aux situations du Canada et de la Belgique, parmi les pays ayant fait l'objet d'un rapport). Ceci n'est évidemment jamais le cas pour les groupes vulnérables⁶.

Quelle définition faut-il alors retenir pour les minorités de type culturel (ethniques, religieuses, linguistiques ou nationales) ? Aucune définition n'a réussi jusqu'à présent à produire un consensus suffisant pour être adoptée dans un instrument international universel ou régional. Cependant, on part généralement de la proposition qui a été faite par le Professeur Capotorti dans l'étude qu'il a rédigée en tant que rapporteur spécial de la *Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités* des Nations Unies. L'étude porte sur la mise en œuvre des droits garantis à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷. Cet instrument international lie actuellement tous les pays ayant fait l'objet d'un rapport national, sauf la Turquie qui l'a signé mais ne l'a pas encore ratifié. Quant à la France, si elle est partie au *Pacte*, elle a fait à l'égard de l'article 27 une déclaration interprétative qui a l'effet d'une réserve et qui rend en pratique cet

-
6. Un même groupe peut appartenir aux deux catégories à la fois. Ainsi, le rapport mexicain examine la situation des Mexicains en situation illégale aux États-Unis (le rapporteur qualifie ce groupe de minorité «transfrontalière»), où ils forment un groupe vulnérable victime de nombreuses discriminations, tout en constituant une communauté de type culturel qui se distingue notamment par la langue.
 7. «Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue».

article inapplicable à son égard. La définition proposée par le Professeur Capotorti est la suivante :

Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, en position non dominante, dont les membres - ressortissants de l'État - possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue⁸.

Cette définition comprend cinq éléments constitutifs, dont il convient d'analyser ici les trois premiers.

A. L'élément numérique

Selon la définition, pour constituer une minorité, un groupe doit être numériquement inférieur au reste de la population. Comme le souligne le rapport libanais, il existe à cet égard deux types de situations minoritaires : en premier lieu, celle, la plus répandue, où une ou plusieurs minorités font face à une majorité; et, en second lieu, celle, plus rare, où aucune majorité n'existe et où le groupe en question est alors composé d'un «assemblage de minorités». Le Liban correspond à ce second cas de figure : aucune des communautés qui y cohabitent ne connaît le statut de majorité.

Un problème important concerne l'échelon «géographico-politique» où il faut se placer pour appliquer le critère numérique dans le cas d'un État fédéral, régionalisé ou décentralisé. Ce problème est soulevé par la situation des «minorités dans la minorité» (ou «sous-minorités»), situation qui apparaît lorsqu'un groupe minoritaire à l'échelon national est majoritaire dans une région autonome et comporte en son sein une ou plusieurs minorités. Est

8. F. Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, Nations Unies, 1979 (Doc. E/CN 4 Sub. 2/384/Rev. 1) à la p. 102. Le Secrétariat de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a établi une compilation recensant un grand nombre de définitions proposées : E/CN. 4/1987/WG.5/WP1.

particulièrement délicat le cas d'un groupe majoritaire au niveau national qui se retrouve en situation de minorité dans une entité fédérée ou régionale dans laquelle un groupe minoritaire au niveau national est localement majoritaire (par exemple, les anglophones, majoritaires au niveau canadien, mais minoritaires au Québec où la majorité est francophone; les Suisses germanophones, majoritaires au niveau helvétique, mais minoritaires dans certains cantons majoritairement francophones). Une telle «sous minorité» peut-elle se réclamer des droits garantis aux minorités, en particulier ceux de l'article 27 du *Pacte des Nations Unies* ? Dans le cas de la minorité anglophone du Québec, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a majoritairement répondu par la négative dans une affaire *Ballantyne* de 1993⁹. Des commerçants anglophones du Québec invoquaient notamment l'article 27 pour contester les dispositions de la *Charte de la langue française* qui, à l'époque, les empêchaient d'utiliser la langue anglaise dans leurs raisons sociales et leur affichage commercial, les obligeant à utiliser exclusivement le français¹⁰. Le Comité a rejeté cet argument de façon majoritaire en considérant que l'article 27 ne s'applique qu'aux minorités à l'échelle des États parties et non à des groupes linguistiques qui, bien que constituant des minorités dans une région donnée, appartiennent à la majorité au niveau de l'État :

[...] les minorités visées à l'article 27 sont les groupes minoritaires à l'échelle de l'État qui est ainsi défini, et non pas des minorités dans une province. Un groupe peut être majoritaire dans une province mais néanmoins constituer une minorité dans l'État, et par conséquent être protégé par l'article 27. Les citoyens canadiens anglophones ne peuvent être considérés comme une minorité linguistique (para. 11.2).

Cependant, cette position majoritaire au sein du Comité a fait l'objet d'une vigoureuse dissidence par quatre de ses membres¹¹ et elle est également

9. *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, communications 359/1989 et 385/1989, 31 décembre 1993; Rapport du Comité des droits de l'Homme, Doc. Off. A.G. 48^e session, supp. N° 40 aux pp. 337-356, Doc. N.U. A/48/40 (1993).

10. *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5; L.R.Q. c. C-11, art. 58 et 69.

11. *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, *supra* note 9, opinion individuelle de Mme Elizabeth Evatt et de MM. Nisuke Ando, Marco Tulio Bruni Celli et Vojin Dimitrijevic (en accord et explication élaborée).

critiquée par une partie de la doctrine¹², qui estime que la considération importante est le fait qu'un groupe en situation d'infériorité numérique puisse se voir imposer des décisions par une majorité investie de compétences politiques et juridiques à son égard. Comme on le verra, c'est également la position qui a été adoptée, à propos de la Belgique, par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe. Cependant, il faut ajouter que les commerçants anglophones, déboutés sur l'article 27, ont eu gain de cause sur la base de l'article 19 du *Pacte* qui garantit la liberté d'expression. Le Comité a considéré que l'interdiction d'utiliser l'anglais dans l'affichage et les raisons sociales violait de façon injustifiable leur liberté d'expression. Le Québec pouvait leur imposer d'utiliser le français, mais ne pouvait leur interdire d'utiliser également une ou plusieurs autres langues.

Un problème similaire se soulève actuellement en Belgique en raison du projet de ratification par ce pays de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales. Le monde politique flamand n'est prêt à accepter cette ratification qu'à condition que les francophones se voient dénier le statut de minorité au sens de la Convention (qui ne contient pas de définition du terme), et ceci tant au niveau fédéral (où ils constituent 40% de la population) qu'au niveau de la région flamande (où ils sont beaucoup moins nombreux). Quels sont les arguments avancés ? Pour ce qui est de la négation

12. La doctrine est divisée sur cette question. Un premier courant adopte le point de vue de la majorité du Comité des droits de l'Homme et considère qu'un groupe majoritaire au niveau de l'ensemble de l'État ne peut jamais constituer une minorité au sens de l'article 27; voir par exemple : F. Capotorti, *supra* note 8 à la p. 102; C. Tomuschat, «Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights» dans *Völkerrecht als Rechtsordnung – Festschrift für Hans Mosler*, Berlin, 1983 à la p. 958. Un deuxième courant de doctrine considère qu'un tel groupe doit se voir accorder la protection de l'article 27; voir par exemple : Y. Dinstein, «Collective Human Rights of Peoples and Minorities» (1976) 25 *International and Comparative Law Quarterly* 102 à la p. 112; G. Malinverni, «La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales» (1995) *Revue suisse de droit international et de droit européen* 521 à la p. 543.; C. Morand, «Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu» (1993) *Revue de droit suisse* 11 à la p. 29; P. Vandernoot, «Les aspects linguistiques du droit des minorités» (1997) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 309 à la p. 321 (cet auteur relève que la Cour d'arbitrage de Belgique, dans deux arrêts de 1994 et 1996, s'est prononcée, au moins implicitement, dans le sens de l'obligation des entités fédérées belges de respecter en leur sein l'article 27 du *Pacte international*).

du statut de minorité des francophones au niveau national belge, l'argument utilisé par les Flamands est qu'ils sont en position «co-dominante» ou «co-majoritaire» et qu'il y manque donc le deuxième élément constitutif du concept de minorité (l'absence de position dominante); on reviendra un peu plus tard sur cet argument en analysant ce deuxième élément. Pour ce qui est de la négation du statut de minorité des francophones au niveau régional flamand, les Flamands s'appuient sur une combinaison de l'argument précédent avec le principe établi par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Ballantyne* : les francophones étant «co-dominants» (ou «co-majoritaires») au niveau national, le fait qu'ils soient nettement minoritaires au niveau régional ne suffit pas pour leur permettre d'invoquer les protections minoritaires de la Convention. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, préoccupée de ces développements, a sollicité un avis sur la question auprès de la *Commission européenne pour la démocratie par le droit*, aussi dite Commission de Venise, un organe indépendant du Conseil de l'Europe, à vocation consultative, spécialisé en matière constitutionnelle et des droits de l'homme. La Commission a formulé sa position dans un avis adopté le 9 mars 2002¹³. Pour ce qui est des francophones de Belgique vivant en région flamande, elle a considéré que la situation des groupes concernés doit s'analyser, dans un État fédéral ou régionalisé, tant au niveau régional qu'au niveau global. Compte tenu de la dévolution des compétences aux régions, la Commission reconnaît le statut de groupes minoritaires aux francophones vivant dans la région de langue néerlandaise et dans la région de langue allemande, de même qu'aux néerlandophones et germanophones vivant dans la région de langue française. La Commission rejette donc la position prise par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Ballantyne*. On verra maintenant quelle position la Commission a prise sur la question de la «co-dominance» qui était soulevée à propos du deuxième élément constitutif du concept de minorité.

13. *Commission européenne pour la démocratie par le droit* (Commission de Venise), Avis sur les groupes de personnes auxquels la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* pourrait s'appliquer en Belgique, adopté par la Commission lors de sa 50^e Session plénière (Venise, les 8 et 9 mars 2002).

B. L'élément qualitatif de «non-dominance»

Pour se voir reconnaître la qualité de minorité, un groupe numériquement inférieur au reste de la population ne doit pas être en position dominante – ou si l'on préfère, il doit être en position «non-dominante» –. C'est ce deuxième élément de «non-dominance» qui se rapproche du concept de vulnérabilité et qui peut entraîner un certain rapprochement entre les minorités au sens propre du droit international et l'ensemble des groupes vulnérables dans une société. En exigeant ce deuxième élément, on veut éviter que des groupes numériquement inférieurs, mais socio-économiquement dominants, puissent invoquer à leur profit les droits minoritaires contre le groupe qui est numériquement majoritaire mais socio-économiquement défavorisé («minorisé»). L'illustration par excellence d'une telle situation était celle des Blancs d'Afrique du Sud aux temps de l'Appartheid. On prétend parfois que les anglophones du Québec et les francophones de Belgique se sont trouvés, à certaines époques de l'histoire, dans cette situation de «minorité dominante» faisant face à une «majorité dominée» (sur le plan socio-économique sinon politique). Ce n'est plus en tout cas leur situation actuelle. Comme on l'a vu auparavant, le critère de «non-dominance» a été invoqué par les Flamands de Belgique pour refuser aux francophones le statut de minorité au niveau national belge. Leur argumentation est la suivante.

Les francophones ne constituent que 40% de la population belge et sont donc en situation numérique inférieure. Mais, argumentent les Flamands, le droit constitutionnel belge comprend un ensemble de garanties institutionnelles si élaboré au profit des francophones qu'il les place en situation de «co-dominance» (ou de «co-majorité»), si bien que l'élément de «non-dominance» fait défaut en ce qui les concerne. Les mécanismes régissant le fonctionnement de l'État fédéral effaceraient donc l'infériorité numérique des francophones et en feraient un des deux peuples «co-dominant» ensemble la structure étatique. Effectivement, comme le souligne le rapport belge, à de très nombreux égards, la Belgique se présente comme un État paritaire ou bicéphale (ou encore «dualiste») : composition linguistiquement paritaire du Conseil des Ministres, mécanisme dit de la «sonnette d'alarme», «majorité spéciale» dans les deux Chambres pour les réformes de l'État, à savoir une majorité des deux tiers des suffrages et, de plus, au sein de chaque groupe linguistique, français et

néerlandais, une majorité de présences et une majorité de suffrages, Cour constitutionnelle (la «Cour d'arbitrage») composée de six juges francophones et six juges néerlandophones, etc. Compte tenu de l'ensemble de ces mécanismes institutionnels, la minorité francophone serait tellement bien protégée qu'elle n'en serait plus une, juridiquement parlant.

Ces arguments ont convaincu la Commission de Venise qui, dans son avis cité précédemment, a conclu qu'au niveau de l'État fédéral, seuls les germanophones de Belgique (ils sont 70 000 approximativement) constituent une minorité. Les francophones sont «co-dominants», en participant sur un pied d'égalité avec les néerlandophones à la gestion de l'État.

Soulignons que les francophones du Canada auraient voulu, à une certaine époque, obtenir ce genre de gestion paritaire de l'État fédéral, sur un pied d'égalité ou de quasi-égalité avec les anglophones. Une telle solution aurait peut-être été envisageable en 1867, au moment de la création du Canada, à une époque où les francophones comptaient encore pour le tiers de la population canadienne. Cependant, la Constitution canadienne n'a jamais prévu le genre de mécanismes «dualistes» que l'on trouve à l'heure actuelle en Belgique (en tout cas, pas à un niveau comparable). Et, aujourd'hui, la diminution de la proportion des francophones à 24% approximativement de la population canadienne et leur concentration croissante au Québec (où 90% d'entre eux vivent désormais) a fait disparaître définitivement toute possibilité d'une solution «dualiste».

C. Le lien de nationalité

Dans la définition proposée par le Professeur Capotorti, seuls les groupes composés de personnes ayant la nationalité de l'État peuvent se voir reconnaître la qualité de minorité et les droits qui y sont attachés. Cette exigence avait traditionnellement pour conséquence que les communautés issues de l'immigration ne pouvaient réclamer de droits minoritaires. On est en effet porté à considérer qu'il existe en matière d'immigration une sorte de «contrat moral» entre l'État d'accueil et les immigrants, ceux-ci s'engageant à s'ajuster le plus rapidement et le plus complètement possible à la société d'accueil, y compris sur le plan linguistique et culturel (sinon sur le plan religieux). Ce point de vue commence à changer progressivement. Aujourd'hui, on tend davantage à

reconnaître que les immigrants puissent vouloir conserver certaines de leurs particularités culturelles et linguistiques, non seulement pour leur vie privée (ce qui a toujours été admis dans les États démocratiques et libéraux), mais également dans l'espace public, tout en devant apprendre la langue du pays d'accueil. Le caractère beaucoup plus divers de l'immigration depuis les années 1960 s'accompagne d'une disparition de la conception hiérarchique des cultures; dès lors, les immigrants sont plus réticents à abandonner leur héritage culturel pour s'assimiler à la société d'accueil¹⁴. C'est ce genre de philosophie que véhicule par exemple la politique du multiculturalisme qui a été mise en vigueur au Canada depuis le début des années 1970. Les rapporteurs canadiens décrivent ainsi les caractéristiques de cette politique :

Un multiculturalisme libéral qui, bien qu'il légitime les tentatives bien tempérées de maintien de certaines différences culturelles, religieuses ou ethniques, n'en rejette pas moins toute velléité de séparatisme identitaire radical.

La tendance à rejeter le lien de nationalité, ou même la résidence permanente, comme condition du statut de minorité au sens du *Pacte international* se marque très clairement dans l'observation générale du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies sur l'article 27 du *Pacte*¹⁵, dans laquelle le Comité s'exprime comme suit :

Il ressort des termes employés à l'article 27 que les personnes que l'on entend protéger appartiennent à un groupe et ont en commun une culture, une religion et/ou une langue. Il ressort également de ces termes que les individus que l'on entend protéger ne doivent pas être

-
14. Il faut aussi mentionner l'augmentation du nombre des immigrants, qui leur permet de maintenir des communautés homogènes dans les pays d'accueil, et le changement de provenance de l'immigration : anciennement, il s'agissait de populations européennes ayant la même base culturelle et religieuse que les pays d'accueil (Portugais, Italiens, pays d'Europe centrale et orientale); actuellement, il s'agit de populations ayant des bases culturelles et religieuses très différentes, donc plus difficiles à assimiler (Musulmans, Asiatiques, Africains).
15. *Observation générale n° 23 (50) (art. 27)*, Doc. N.U. C.C.P.R./C/21/Rev.1/Add.5, 6 avril 1994. Le Comité a rendu un certain nombre d'observations générales qui résument sa jurisprudence. Les observations ne sont pas contraignantes, mais le Comité souhaite qu'elles aient une force persuasive et que les États en tiennent compte.

forcément des ressortissants de l'État partie. [...] En conséquence, les États parties ne peuvent pas réserver l'exercice des droits énoncés à l'article 27 à leurs seuls ressortissants (para. 5.1). [...] De même que ces individus ne doivent pas nécessairement être des nationaux ou des ressortissants, ils ne doivent pas non plus nécessairement être des résidents permanents. Ainsi, les travailleurs migrants ou même les personnes de passage dans un État partie qui constituent pareilles minorités ont le droit de ne pas être privées de l'exercice de ces droits. [...] L'existence dans un État partie donné d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique ne doit pas être tributaire d'une décision de celui-ci, mais doit être établie à l'aide de critères objectifs. (para. 5.2).

Par contre, le Conseil de l'Europe continue d'adopter la position traditionnelle consistant à exiger le lien de nationalité. De même, dans de nombreux pays, la règle est de ne conférer les droits reconnus aux minorités qu'aux personnes possédant la nationalité de l'État considéré. Il est extrêmement rare que des règles protectrices spéciales soient applicables également à des «non-nationaux».

D. «Anciennes» et «nouvelles minorités»

Il existe une distinction traditionnelle entre «anciennes» et «nouvelles» minorités qui se rapproche de la distinction entre groupes ayant la citoyenneté de l'État et groupes ne la possédant pas, mais sans se confondre avec elle. Même ceux qui repoussent l'exigence du lien de nationalité comme condition d'appartenance à une minorité au sens des instruments internationaux (et *a fortiori* ceux qui l'acceptent) considèrent généralement comme légitime que l'État puisse réserver un traitement plus favorable aux minorités nationales «de souche» (ou «historiques»), établies de longue date dans le pays, qu'aux minorités issues d'une immigration plus ou moins récente. Les anciennes minorités peuvent invoquer pour elles une certaine légitimité de la durée, qui fait défaut aux nouvelles minorités. Dans pratiquement tous les pays multinationaux où des droits linguistiques particuliers sont reconnus à une ou plusieurs minorités traditionnelles, les mêmes droits ne sont pas étendus aux communautés issues de l'immigration. Le Canada en est un exemple : il confère

le statut de langue officielle, au niveau fédéral, à l'anglais et au français¹⁶, mais pas à d'autres langues parlées sur son territoire, même si certaines d'entre elles le sont davantage, dans certaines provinces à majorité anglophone, que le français (le chinois en Colombie-Britannique ou l'ukrainien en Alberta, par exemple). De même, la Constitution canadienne reconnaît le droit à l'instruction dans la langue de la minorité seulement pour les minorités francophones et la minorité anglophone du Québec¹⁷. En matière de droits confessionnels, toujours au Canada, la Constitution reconnaît des droits en matière scolaire aux Catholiques et aux Protestants dans certaines provinces, mais uniquement à ces deux confessions¹⁸. Il en va de même au Liban, sinon que les communautés confessionnelles reconnues sont au nombre de dix-huit. Enfin, pour ne prendre que ce dernier exemple, en Italie, un certain nombre de minorités historiques sont «superprotégées» (c'est l'expression utilisée par le rapporteur italien) par des statuts particuliers à valeur constitutionnelle et/ou des traités bilatéraux conclus entre l'Italie et les États voisins dont les minorités sont séparées (il s'agit notamment des germanophones du Trentin Haut-Adige, des francophones du Val d'Aoste et de la minorité de langue slovène de la région du Frioul-Vénétie-Julienne). D'autres minorités historiques sont protégées par une loi générale sur les minorités linguistiques adoptée en 1999 pour donner suite à l'article 6 de la Constitution¹⁹, mais il n'existe pas de protection spécifique pour les minorités linguistiques issues des immigrations récentes, bien que certaines

16. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, (R.-U.), c. 11 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44, art. 16.

17. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 16, art. 23.

18. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 93.

19. La loi 482/1999 sur les minorités linguistiques historiques a choisi de conférer une protection à douze groupes linguistiques identifiés dans son article 3 : «les populations albanaises, catalanes, germaniques, grecques, slovènes et croates et celles parlant le français, le franco-provençal, le friulan, le ladin, l'occitan et le sarde». Le rapporteur italien souligne que les populations tsiganes étaient comprises dans la liste des minorités historiques dans une première version de la loi, mais ont été exclues par la suite à cause de l'opposition très ferme de certaines formations politiques. Il considère qu'une telle exclusion n'est pas défendable, car la présence tsigane sur le territoire italien remonte à une époque très ancienne et il existe de très importants groupes tsiganes formés essentiellement de citoyens italiens sédentaires dans certaines régions bien définies, et d'un nombre de personnes largement supérieur à celui de plusieurs des groupes énumérés dans la loi de 1999.

d'entre elles présentent, dans certaines communes ou villes, une concentration très élevée. Pour ces minorités non reconnues, les normes sur l'interdiction de la discrimination directe ou indirecte et sur la liberté d'expression constituent donc le seul recours pour la protection de leur identité culturelle.

Quatre remarques s'imposent relativement à cette distinction entre «vieilles» et «nouvelles» minorités. En premier lieu, elle soulève certains problèmes sur le plan moral et philosophique car les différences de traitement entre les deux catégories sont difficiles à justifier entièrement par le seul argument de l'antériorité des minorités historiques²⁰. En second lieu, le fait d'accorder certains droits aux «vieilles» minorités entraînera souvent des revendications de la part des «nouvelles» minorités; cela explique les réticences de certains États à accorder des droits à leurs minorités traditionnelles. En troisième lieu, il existe une évidente difficulté pour préciser la frontière entre les deux catégories : après combien de générations une collectivité composée d'immigrants sera-t-elle considérée comme une «vieille» minorité ? Enfin, dans la mesure où elles sont prévues par la constitution nationale, les différences de traitement entre les deux catégories de minorités ne pourront évidemment pas être attaquées comme inconstitutionnelles. Par contre, elles pourront être contestées en vertu du droit international. Si elles sont raisonnables, elles seront considérées comme justifiables. Mais ce ne sera pas toujours le cas. C'est ce qu'a appris par exemple le Canada en 1999, lorsque le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, dans l'affaire *Waldman*²¹, a conclu que le régime de financement public des écoles catholiques par la province de l'Ontario, alors que cette province refuse tout financement aux écoles d'autres confessions, était discriminatoire et non justifiable. Le Comité a souligné que le fait que pareille discrimination soit autorisée par une disposition de la Constitution canadienne ne la rendait pas davantage compatible avec le Pacte international²². Jusqu'au

20. Sur cette question, voir les nombreux ouvrages du philosophe politique canadien W. Kymlicka; par exemple : *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

21. *Waldman c. Canada*, CCPR/C/67/D/694/1996, 4 novembre 1999. Pour une analyse, voir : J. Woehrling, «Égalité religieuse en matière scolaire : de l'arrêt *Adler* à l'affaire *Waldman*» dans J. Beaulne, dir., *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 aux pp. 321 et s. et aux pp. 332 et s.

22. *Waldman c. Canada*, *ibid.* : « The Committee begins by noting that the fact that a distinction is enshrined in the Constitution does not render it reasonable and objective. In the instant case, the distinction was made in 1867 to protect the Roman Catholics in Ontario. The

milieu du 20^e siècle, lorsque la seule — ou la principale — source de reconnaissance des droits résidait dans la constitution et la législation étatiques, il était courant de reconnaître à certaines minorités nationales, religieuses ou autres, des droits particuliers, non étendus aux autres groupes minoritaires. À partir du moment où les droits sont reconnus dans des instruments internationaux, il devient plus ardu de justifier les privilèges particuliers découlant de certains arrangements historiques si ces derniers sont devenus anachroniques ou désuets. Sous cet angle, les instruments internationaux auront sans doute pour effet de rendre plus difficile la reconnaissance de droits religieux ou linguistiques particuliers à des minorités nationales, car si ces «privilèges» sont jugés discriminatoires, l'État se trouvera confronté à la décision de les étendre à d'autres groupes minoritaires ou de les faire disparaître.

Les deux derniers éléments constitutifs de la définition proposée par le Professeur Capotorti ne seront rappelés que pour mémoire : le groupe concerné doit posséder des caractéristiques distinctes du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, qui diffèrent de celles du reste de la population; ses membres doivent manifester, même de façon implicite, un sentiment de solidarité à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue (avec ce dernier critère, on se trouve donc en présence d'un élément subjectif).

Enfin, pour terminer cet examen des différentes catégories de minorités, il faut encore souligner que les peuples autochtones (ou «indigènes») forment une catégorie particulière de minorités et bénéficient de droits supplémentaires à ceux reconnus aux autres minorités et qui viennent s'y ajouter. Dans leur cas, la légitimité de leurs revendications est renforcée par le fait qu'ils occupent le territoire de façon ancestrale (qu'ils en sont les «premiers habitants»). Les peuples autochtones, pour différentes raisons, préfèrent être distingués des minorités. Ils se considèrent comme des «peuples» au sens que possède ce concept dans les dispositions internationales qui reconnaissent le droit des

material before the Committee does not show that members of the Roman Catholic community or any identifiable section of that community are now in a disadvantaged position compared to those members of the Jewish community that wish to secure the education of their children in religious schools. Accordingly, the Committee rejects the State party's argument that the preferential treatment of Roman Catholic schools is nondiscriminatory because of its constitutional obligation.» (para. 10.4).

peuples à l'autodétermination. Néanmoins, ils correspondent objectivement à la définition qui vient d'être analysée. Les autochtones peuvent donc se réclamer des instruments garantissant les droits des minorités (comme bien sûr de ceux qui garantissent les droits de l'Homme), mais, en plus, d'autres textes internationaux et constitutionnels les concernant de façon spécifique se développent rapidement à l'heure actuelle. Parmi les pays ayant fait l'objet d'un rapport national, on trouve des peuples autochtones au Canada, au Panama, au Costa Rica, en Colombie, au Brésil, au Mexique et au Japon.

E. Les différentes attitudes des États à l'égard du problème minoritaire

Les douze pays qui ont fait l'objet d'un rapport national peuvent être schématiquement classés en trois catégories quant à l'attitude générale qu'ils adoptent à l'égard de la problématique minoritaire et à la situation juridique et constitutionnelle qui y est faite aux minorités.

Le Canada, la Belgique, le Liban et, dans une moindre mesure, l'Italie possèdent dans leur ordre juridique des dispositions constitutionnelles et législatives fort élaborées, spécifiquement destinées à protéger certaines minorités. Pour les trois premiers pays, les questions minoritaires (ou «communautaires») sont d'ailleurs cruciales au point de remettre en cause leur unité et leur existence même, si bien qu'elles jouent un rôle central dans la vie politique et imprègnent le fonctionnement de l'ensemble des institutions et du droit constitutionnel.

Au Panama, au Costa Rica, en Colombie, au Brésil et au Mexique, la problématique minoritaire (au sens des minorités de type culturel examinées dans ce rapport) concerne principalement, dans certains cas exclusivement, la protection des populations indigènes²³. L'ordre juridique de ces pays comporte divers mécanismes destinés à protéger ces populations par des droits spécifiques ou des aménagements institutionnels. Cependant, certains des rapports soulignent que les problèmes qui affectent les populations indigènes sont d'une

23. Dans le cas de la Colombie, il existe, à côté des communautés indigènes, d'autres minorités ethniques ayant leur propre langue et leur propre culture.

nature et d'une dimension qui défient toute comparaison avec la situation des minorités existant dans les autres pays examinés, dans la mesure où ils portent sur la survie et la sécurité physiques de ces populations encore davantage, et de façon plus urgente, que sur leur protection culturelle ou linguistique. Ainsi, le rapport colombien mentionne un rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans lequel celle-ci affirme que le peuple nomade du Cak Macum, qui habite la région de l'Amazonie, a été victime de violence politique, la moitié de la population ayant été exterminée dans les dernières années. Toujours en Colombie, plusieurs dirigeants de la communauté Arhuaca ont été kidnappés, torturés et assassinés par les forces militaires de l'État. Et il ne s'agit là que de quelques-unes des situations dénoncées dans le rapport. Quant au rapport panaméen, après avoir décrit le régime constitutionnel des «comarcas», qui sont des régions à l'intérieur desquelles les peuples autochtones bénéficient de certaines protections, notamment en matière de propriété collective du sol, et d'une autonomie gouvernementale assez développée, il ajoute que cette protection n'est cependant pas suffisante pour améliorer leur niveau de vie. La nécessité de trouver du travail et la piètre situation existant dans les «comarcas» en matière de santé publique amènent de nombreux Indiens à émigrer vers les grandes villes du pays, où leur protection n'est plus assurée et où ils se retrouvent au bas de l'échelle sociale et de celle des revenus. Ici, par conséquent, les protections constitutionnelles et juridiques se révèlent insuffisantes en l'absence des moyens suffisants de développement économique et social.

Enfin, le Japon, la Turquie et la France apparaissent comme trois pays qui se montrent réticents, voire hostiles, à la reconnaissance des droits des minorités de type culturel.

D'emblée, le rapporteur japonais souligne que «la société japonaise n'a pas respecté les minorités jusqu'ici». En effet, «[l']idéologie courante veut que le Japon soit une nation ethniquement pure», mais le rapport ajoute : «[...] il faut dire qu'il existe en réalité sur le territoire japonais des minorités qui subissent des discriminations sévères dans de nombreux aspects de la vie quotidienne». Malgré l'existence de ces minorités, la constitution japonaise ne contient aucune disposition pour leur protection et aucune législation générale n'a été adoptée dans ce but. Néanmoins, sous la pression internationale, le gouvernement japonais se voit progressivement obligé d'être plus sensible à la

problématique minoritaire. C'est ainsi qu'il a fait adopter en 1997 une loi sur la protection de la culture Aïnou, les Aïnous constituant la population autochtone de l'île de Hokkaïdô. En outre, le Japon est partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et n'a émis aucune réserve ou déclaration interprétative par rapport à l'article 27 qui protège les droits des minorités. En 1997, un tribunal régional de Sapporo s'est fondé sur l'article 27 du *Pacte* pour invalider une autorisation administrative de construire un barrage qui aurait conduit à la submersion d'un petit village de cinq cents habitants Aïnous²⁴.

La Turquie ne reconnaît dans son droit public que les minorités dont la protection lui est imposée par des traités internationaux, à savoir, d'une part, la minorité bulgare mentionnée dans le traité turco-bulgare de 1925 et, d'autre part, les «minorités non-musulmanes» (juive, grecque-orthodoxe et arménienne) protégées par le Traité de Lausanne de 1923. L'article 3 de la constitution turque affirme que «L'État turc est un tout indivisible avec son territoire et son peuple. Sa langue est le turc». La Cour constitutionnelle turque, dans un arrêt de 1994, a tiré de cette disposition la conclusion que «Dans la République de Turquie, il n'y a qu'un État et une seule nation et point plusieurs nations». Toujours dans le même arrêt, elle a également affirmé que «la Constitution est fermée aux modes d'administration pour les régions, tels l'autonomie ou l'autogestion [...]. Il ne saurait y exister qu'un seul État, qu'un territoire intégral et une nation unitaire [...]. Le principe d'État-nation ne permet ni une conception multinationale de l'État, ni une structure fédérative». Cependant, en étant candidate à l'entrée dans l'Union européenne, la Turquie a dû amorcer un processus de mise en conformité du droit turc avec les normes européennes, y compris en matière de droits de l'homme et de protection des minorités. Cela l'a conduit à modifier, en octobre 2001, sa Constitution pour abroger une disposition qui «prohibait l'usage de certaines langues (le rapport ne précise pas lesquelles) pour exprimer et diffuser sa pensée». Par contre, l'article 5 de la loi sur les associations interdit encore la formation d'associations «qui ont pour but la création de minorités». En conclusion, le rapporteur souligne un triple parallélisme qui existe à son avis entre les conceptions et les pratiques de son

24. Cependant, le rapporteur souligne qu'il s'agit d'un cas exceptionnel; généralement, les juridictions japonaises se montrent extrêmement réticentes à invoquer les normes internationales des droits de la personne afin d'invalider des actes législatifs ou administratifs.

pays et celles de la France à l'égard des questions minoritaires : philosophie politico-juridique et dispositions constitutionnelles qui affirment l'indivisibilité de la nation; décisions de la Cour constitutionnelle turque d'une part, du Conseil constitutionnel français de l'autre, qui appliquent ces dispositions de façon à empêcher la reconnaissance des minorités; refus d'assumer les obligations découlant des instruments internationaux (autres que les deux précédemment mentionnés) protégeant les droits des minorités.

Le rapport français n'amène pas à contredire ce triple parallélisme. Il affirme d'entrée de jeu que la France est «le pays de l'indifférenciation entre citoyens», dans lequel les identités spécifiques, communautaires ou minoritaires, sont subsumées dans l'identité juridique de la citoyenneté dont la définition s'articule autour du principe d'égalité. Il n'y a donc pas de minorités dans la communauté nationale, ce qu'affirme bien la Constitution de 1958 : «La République est indivisible», «l'égalité de tous devant la loi interdit les distinctions d'origine, de race ou de religion». C'est pourquoi, souligne le rapport, le gouvernement français s'oppose systématiquement aux clauses des conventions et déclarations internationales qui tendent à conférer des droits aux minorités. Ainsi, il a écarté l'application de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* par une déclaration interprétative²⁵. En 1999, le Conseil constitutionnel a décidé que les dispositions de la Constitution portant sur l'indivisibilité de la République, l'unicité du peuple français et l'égalité devant la loi, ainsi que celles relatives au statut de langue officielle du français, empêchaient la France de ratifier la *Charte européenne des langues*

25. «Le gouvernement déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française [devenu aujourd'hui l'article 1, selon lequel «la République française assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion»], que l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République». Selon le gouvernement français, cette disposition constitutionnelle interdit toute reconnaissance de droits particuliers accordés à un groupe. Lors de l'examen du rapport français par le Comité des droits de l'homme, les représentants du gouvernement firent valoir que la notion de minorité concernait l'Europe centrale issue de l'empire austro-hongrois et ne pouvait concerner la France. L'attitude française fut critiquée par plusieurs membres du Comité, mais quand la réserve fut invoquée dans les différentes affaires bretonnes, le Comité l'accepta. Sur la réserve française à l'article 27 du *Pacte*, voir : M. Lévinet, «Le droit des minorités» dans F. Sudre, dir., *La protection des droits de l'Homme par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies – Les communications individuelles*, Montpellier (France), Institut de droit européen et des droits de l'homme, 1995, p. 61 aux pp. 76 s.

*régionales ou minoritaires*²⁶. Quelques années auparavant, en 1995, le Conseil d'État était arrivé à des conclusions similaires en ce qui concerne la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* du Conseil de l'Europe. Enfin, dès 1991, le Conseil constitutionnel avait conclu que l'indivisibilité de la République s'opposait à la reconnaissance par le législateur de l'existence du «peuple corse, composante du peuple français». On constate donc que le refus de la reconnaissance des minorités, et *a fortiori* de leur protection par des mesures spéciales, apparaît total. Le rapporteur français reconnaît que cette position isole de plus en plus la France parmi les pays comparables. Presque tous les autres États européens ont ratifié la Convention-cadre pour la protection des minorités, une telle ratification constituant aujourd'hui une quasi condition à l'entrée dans l'Union européenne. C'est peut-être une des raisons pour lesquelles on commence à s'interroger davantage en France sur la combinaison de l'égalité et des différences culturelles, car on ne peut plus éviter de reconnaître que le rapport social ne se noue pas seulement dans un cadre national unifié, mais aussi dans des groupes différenciés plus étroits. Le rapport note certains éléments d'une reconnaissance progressive des identités communautaires, qui paraît cependant encore bien timide lorsque considérée d'un point de vue comparatif : une modification constitutionnelle de 1999 a autorisé l'adoption de dispositions législatives tendant à favoriser l'égal accès des femmes aux fonctions électives; le Conseil d'État a décidé que la liberté de manifestation des convictions religieuses emportait le droit de porter le voile islamique à l'école publique; les tribunaux français acceptent que les écoles privées sous contrat avec l'État puissent exiger de leur personnel enseignant le respect des principes de la morale religieuse dans leur comportement personnel; le Conseil constitutionnel a accepté, pour la Nouvelle-Calédonie, l'adaptation du découpage territorial à la distribution ethnique de la population, de façon à créer des régions où un certain groupe ethnique est majoritaire. Cependant, cette dernière solution semble rester rigoureusement exclue pour le territoire métropolitain et pour les départements d'outre-mer. C'est ainsi que les Basques français demandent, mais en vain jusqu'à présent, la création d'un simple

26. *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, S.T.E. n° 148; entrée en vigueur : 1er mars 1998. Pour une analyse de cet instrument, voir : J.-M. Woehrling, «La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires» (2001) 95-96 Terminogramme (revue de recherche et d'information en aménagement linguistique et en terminologie publiée par l'Office de la langue française du Québec) 159.

département réunissant les deux provinces basques françaises, alors que, de l'autre côté de la frontière, les provinces basques espagnoles forment une Communauté autonome dotée de pouvoirs significatifs, similaires à ceux d'une entité fédérée.

Pour la suite de ce rapport, nous respecterons le plan qui a servi pour le questionnaire adressé aux rapporteurs nationaux en traitant successivement de la protection des minorités par les droits fondamentaux de la personne reconnus à tous; par les droits spécifiquement reconnus aux minorités (ou «protections spéciales»); enfin, par des aménagements institutionnels, territoriaux ou autres. On remarquera que les deux premières catégories visent la protection des minorités *contre le pouvoir politique* par des techniques «anti-majoritaires», alors que la troisième porte sur la protection des minorités *dans l'organisation même du pouvoir politique*, en visant à mieux les associer à l'exercice du pouvoir ou même à leur confier le pouvoir politique dans un certain cadre territorial. Il s'agit là des trois dimensions, axes ou «piliers», de la protection des minorités. On comprend facilement que les pays réticents ou hostiles à la reconnaissance des minorités n'accepteront que la première dimension – la protection par les droits fondamentaux reconnus à tous –, alors que les pays davantage ouverts à une telle reconnaissance seront prêts à mettre en œuvre, à des degrés divers, des protections spéciales et des aménagements institutionnels.

II - La protection des minorités par les droits de la personne

Certains droits de la personne peuvent être invoqués par les membres des minorités religieuses, culturelles ou linguistiques pour obtenir une protection de leurs particularités. Soulignons que cette protection par les droits de la personne bénéficie par définition à tous, et pas seulement aux membres des «vieilles» minorités, puisqu'il s'agit là de droits reconnus à toute personne humaine. Elle peut donc être également invoquée par les immigrants et même par les étrangers présents sur le territoire de façon provisoire. La protection par l'entremise des droits de la personne permet également de contourner les difficultés liées au refus de certains États de reconnaître l'existence de minorités sur leur territoire, alors que le bénéfice des protections minoritaires spéciales est le plus souvent lié à une reconnaissance formelle de leur existence.

Nous constaterons que la seule protection par les droits de l'homme suffit généralement pour protéger les minorités religieuses mais reste très insuffisante dans le cas des minorités linguistiques et culturelles.

A. Les minorités religieuses

Le recours aux droits de la personne pour assurer la protection des minorités religieuses constitue une technique traditionnelle. Les deux droits fondamentaux habituellement invoqués dans ce domaine sont évidemment la liberté de religion et le droit à l'égalité sans discrimination religieuse. Il existe d'ailleurs de larges recoupements entre ces deux droits, qui sont souvent utilisés de façon parallèle et quelque peu interchangeable. En effet, les limitations à la liberté de religion ont presque toujours un aspect discriminatoire, dans la mesure où elles s'imposent à une ou à plusieurs religions plutôt qu'à toutes, ou à certaines plus qu'à d'autres. La liberté de religion peut être invoquée contre toute intervention étatique qui aurait pour objet ou pour effet de contraindre une personne à l'observance religieuse ou de l'en empêcher, de la forcer à un comportement contraire à sa religion ou de lui interdire un comportement rendu obligatoire par sa religion. C'est ainsi que le rapport canadien souligne que la reconnaissance constitutionnelle de la liberté de religion en 1982, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, a eu pour effet d'«expurger» les écoles publiques des rituels religieux et de l'enseignement confessionnel qui y avaient cours (sauf pour autant qu'il s'agissait d'écoles dont la confessionnalité est garantie par la Constitution canadienne). Il a par exemple été jugé qu'un règlement prévoyant la récitation de prières chrétiennes, et un autre prévoyant l'enseignement confessionnel chrétien, enfreignaient la liberté de religion des élèves «non-chrétiens» et ce, même si les règlements en cause prévoyaient une exemption pour les élèves ne souhaitant pas participer aux prières ou à l'enseignement²⁷. Les tribunaux canadiens ont en effet estimé que la pression des pairs, en majorité chrétiens, inhiberait les élèves souhaitant se prévaloir de cette exemption et risquerait de les stigmatiser. Il faut souligner ici que les juges canadiens ont interprété la liberté de religion de façon plus exigeante que les normes internationales. Il semble en effet que l'existence d'une possibilité de

27. *Zylberberg c. Sudbury Board of Education*, (1988) 65 O.R. (2^e) 641 (C.A. Ont.); *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2^e) 341; 65 D.L.R. (4^e) 1 (C.A. Ont.).

dispense à l'égard de l'enseignement confessionnel ou l'alternative entre celui-ci et un enseignement culturel ou moral neutre et objectif soit généralement considérée comme suffisante pour assurer la conformité avec la liberté de religion garantie dans les instruments internationaux. L'existence d'écoles religieuses privées subventionnées en tout ou en partie pourrait également être considérée comme atténuant l'obligation de l'État de respecter l'égalité religieuse à l'école publique²⁸. Ce relativisme tient au fait que les instruments internationaux lient un très grand nombre d'États qui connaissent, dans ce domaine, des régimes extrêmement divers et qu'il faut donc chercher à leur donner un sens compatible avec le plus grand nombre possible de situations. Ainsi, le rapport costaricain explique que, dans ce pays, l'enseignement de la religion catholique est obligatoire dans les écoles publiques et que la Chambre constitutionnelle a jugé qu'il n'y avait là aucune discrimination fondée sur la religion ou atteinte à la liberté de religion, car les dispositions prévoyant ce régime correspondent à une réalité sociologique, à savoir la forte prédominance de cette religion dans la population.

De même, la liberté de religion garantie dans les instruments constitutionnels (et dans les instruments internationaux) implique le droit de créer et de gérer des écoles privées confessionnelles et d'y envoyer ses enfants, l'État ayant cependant le droit d'imposer des normes pédagogiques minimales et de contrôler les qualifications professionnelles des enseignants. Pratiquement tous les rapports nationaux font état de l'existence d'un tel droit bénéficiant aux minorités religieuses. Les écoles confessionnelles privées peuvent-elles invoquer le droit à un financement par l'État en se fondant sur la liberté de religion ou le droit à l'égalité ? Plusieurs rapports nationaux soulignent que les écoles religieuses privées bénéficient de subventions publiques, mais sans préciser s'il s'agit d'un droit constitutionnel ou seulement d'une politique étatique adoptée volontairement. Le rapport canadien quant à lui explique que la question a été effectivement soulevée devant la Cour suprême, qui a jugé que l'État n'était en principe soumis à aucune obligation constitutionnelle de financer les écoles privées religieuses, la liberté de religion étant conceptualisée comme une liberté

28. *Observation générale n° 22 (48) (art. 18) sur la liberté de religion* du Comité des Nations Unies des Droits de l'Homme, Doc. C.C.P.R./C/21/Rev. 1/add.4, 20 juillet 1993, para. 6.

fondamentalement négative²⁹. Il faut cependant souligner que plusieurs provinces canadiennes, dont le Québec, acceptent de subventionner les écoles privées religieuses.

Les développements les plus intéressants dans la protection des minorités religieuses par les droits fondamentaux se situent dans le domaine du droit à l'égalité et de l'interdiction de la discrimination. Le développement du concept de discrimination indirecte permet en effet aux minorités de contester des normes étatiques neutres, applicables de façon uniforme à tous, mais qui ont des effets préjudiciables sur la liberté religieuse de certains groupes. Ainsi, les tribunaux canadiens ont jugé que l'interdiction des armes blanches dans les écoles avait pour effet de restreindre la liberté de religion et de discriminer de façon indirecte contre les élèves Sikhs que leur religion oblige à porter en permanence un poignard rituel ou «kirpan». De même, dans le contexte des relations d'emploi, il a été jugé au Canada que l'obligation pour les employés de travailler le samedi ou le dimanche entraînait une discrimination indirecte à l'égard de ceux dont la religion les oblige à observer le sabbat. Dans tous ces cas, une «obligation d'accommodement» incombe aux organismes publics ou privés qui sont à l'origine de la norme incriminée; ils doivent offrir aux personnes affectées un accommodement qui se traduira par une exception à la règle générale ou par un arrangement particulier, à moins qu'on ne puisse démontrer que l'arrangement réclamé imposerait une «contrainte excessive» par le coût ou les inconvénients qu'il entraîne³⁰.

Le rapport japonais contient également un exemple d'application des concepts de discrimination indirecte et d'accommodement raisonnable en matière religieuse (même si ces expressions ne semblent pas être utilisées). Un arrêt de la Cour suprême de 1996 a en effet annulé le renvoi d'un élève Témoin de Jéhovah d'une école publique au motif qu'il avait refusé de suivre un cours de Kendô, lequel lui était interdit par sa religion. La Cour a jugé que l'élève avait le droit d'être dispensé de la règle générale applicable à tous. De même, comme il a déjà été souligné, le Conseil d'État français a fait découler de la

29. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

30. Sur la jurisprudence relative à l'obligation d'accommodement en matière religieuse, voir : J. Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325.

liberté religieuse l'obligation pour les écoles publiques d'accepter les élèves portant le voile islamique.

B. Les minorités linguistiques

La possibilité pour les minorités linguistiques d'invoquer les droits de la personne, afin de faire respecter certains aspects de leur droit d'utiliser leur propre langue, constitue un développement plus récent que le recours à ces mêmes droits par les minorités religieuses. Les deux principaux droits susceptibles d'être invoqués ici sont la liberté d'expression et, de nouveau, le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination³¹.

31. Sur l'importance, pour la protection de la «liberté linguistique», de certains droits fondamentaux et du droit à l'égalité, voir notamment : B. De Witte, «Droits fondamentaux et protection de la diversité linguistique» dans P. Pupier et J. Woehrling, dir., *Langue et droit* (Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé), Montréal, Wilson et Lafleur, 1989 à la p. 85; B. De Witte, «Le principe d'égalité et la pluralité linguistique» dans H. Giordan, dir., *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Paris, Éditions Kimé, 1992 à la p. 55.

1) La liberté d'expression

La liberté d'expression a été interprétée dans plusieurs pays, ainsi que par certains organes d'application de conventions internationales sur les droits de la personne, comme comprenant le droit de s'exprimer dans la langue de son choix, du moins dans le domaine des relations privées. Elle peut donc être invoquée pour contester des normes interdisant ou limitant l'usage d'une langue dans ce domaine. Ainsi, au Canada, dans une décision de 1988, les requérants contestaient les dispositions déjà mentionnées précédemment de la *Charte de la langue française* du Québec qui, à l'époque, interdisaient l'utilisation de toute langue autre que le français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales. Ces exigences ont été considérées par la Cour suprême comme incompatibles avec la liberté d'expression (et comme allant également à l'encontre du droit à l'égalité car entraînant une discrimination indirecte). La Cour a considéré comme justifié le fait *d'exiger la présence du français* dans la publicité commerciale et les raisons sociales, mais elle a également conclu que le fait *d'exclure les autres langues* constituait une restriction non justifiable des droits garantis. Pour la Cour suprême du Canada, lorsqu'il s'agit de la langue, la liberté d'expression protège aussi bien le moyen de transmission que le message, ce qui permet de conclure que la liberté d'expression comprend la liberté de chacun de s'exprimer dans la langue qu'il choisit librement (au moins dans le domaine des rapports privés, qui était celui visé par les dispositions contestées)³². On a vu précédemment que la même loi a également été attaquée devant le Comité des Nations Unies des droits de l'Homme qui, dans l'affaire *Ballantyne* en 1993, l'a considérée contraire à la liberté d'expression garantie dans le Pacte international. À la suite de cette intervention du Comité des droits de l'homme, le gouvernement du Québec a fait adopter un nouveau régime dans lequel l'affichage public et la publicité commerciale peuvent désormais être faits à la fois en français et dans une ou plusieurs autres langues, pourvu que le français y figure de façon nettement prédominante.

32. *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans les termes de la Cour, «La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression» (p. 748).

Il faut souligner qu'il semble habituellement admis que la liberté d'expression n'implique pas le droit d'utiliser la langue de son choix dans les communications des individus avec les instances étatiques. Ainsi, dans l'affaire *Ballantyne*, le Comité a indiqué que «s'il est légitime qu'un État choisisse une ou plusieurs langues officielles, il ne l'est pas qu'il supprime, en dehors de la vie publique, la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix» (para. 11.4), ce qui indique que l'État n'est pas obligé de reconnaître un statut officiel aux langues des minorités ni, ce qui reviendrait au même, de permettre leur utilisation dans les rapports des particuliers avec les instances étatiques. En effet, si l'État doit rester neutre en matière religieuse (neutralité qui peut se traduire par l'absence de soutien à toute religion ou par un soutien égal à toutes les religions), il ne saurait manifestement rester neutre en matière linguistique puisqu'il doit forcément s'exprimer dans une ou plusieurs langues qui occuperont dès lors une position privilégiée et qu'il ne peut évidemment pas s'exprimer dans toutes les langues parlées sur son territoire. Les organes d'application de la *Convention européenne des droits de l'homme*³³ ont de même refusé, dans un certain nombre d'affaires, de faire découler de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la *Convention*, même combinée avec l'interdiction de la discrimination prévue à l'article 14, un droit quelconque de l'individu d'utiliser sa langue maternelle dans les rapports avec l'administration publique³⁴. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles le Conseil de l'Europe a par la suite adopté des instruments destinés à garantir des protections minoritaires spéciales, comme la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* et la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*. Mais si l'État peut, en matière d'usage officiel, établir des distinctions entre les langues auxquelles il reconnaît un caractère officiel et les autres, ces distinctions doivent néanmoins rester rationnelles et être basées sur

33. Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, S.T.E. n° 5. Entrée en vigueur : 3 septembre 1953. (1955) 213 R.T.N.U. 221.

34. Sur ce point, voir : L. Wildhaber, «Les droits en matière linguistique dans la Convention européenne des droits de l'homme» (2001) 95-96 Terminogramme (revue de recherche et d'information en aménagement linguistique et en terminologie publiée par l'Office de la langue française du Québec) 147. L'auteur rappelle également que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire linguistique belge de 1968, a jugé que ni le droit à l'instruction ni le droit au respect de la vie privée et familiale, même combinés avec le principe d'égalité et de non-discrimination, n'impliquaient le droit des parents de choisir la langue dans laquelle faire instruire leurs enfants (*ibid.* aux pp. 148-150).

des critères objectifs. L'importance numérique des diverses communautés linguistiques présentes sur le territoire, le fait que certaines soient des minorités historiques, traditionnellement établies, alors que d'autres soient issues d'une immigration plus récente, le rôle historique joué par certains groupes dans la fondation de l'État, constituent autant de critères objectifs et rationnels. Tous les États du monde reconnaissent (expressément ou implicitement) un caractère officiel à une ou plusieurs langues; aucun ne reconnaît un tel caractère à toutes les langues parlées sur son territoire.

En résumé, il faut distinguer entre l'usage *officiel* des langues (dans les relations «verticales» entre les citoyens et la puissance publique), pour lequel l'État peut prescrire une ou plusieurs langues déterminées et interdire les autres, et l'usage *privé* (dans les relations «horizontales» entre particuliers), pour lequel il doit respecter la liberté de chacun de s'exprimer dans la langue de son choix. Pour plus de précision, il est possible de distinguer trois domaines : l'usage privé «interne», l'usage privé «externe» et l'usage public de la langue. L'usage privé interne vise les rapports en famille, entre amis, en société; la liberté linguistique devrait y être absolue en vertu de la liberté d'expression et de la liberté personnelle. L'usage privé externe vise la langue que les personnes privées emploient quand elles s'adressent au public (par exemple, l'affichage commercial ou l'étiquetage des produits de consommation). Dans ce domaine, l'État peut réglementer l'usage des langues dans la mesure où il poursuit un objectif légitime d'intérêt général, par exemple protéger les consommateurs ou protéger une langue menacée, par des moyens qui respectent le principe de proportionnalité. Enfin, l'usage public ou officiel vise les rapports des individus avec les autorités publiques. Dans ce domaine, mis à part le droit à l'interprète en matière judiciaire, aucun droit d'utiliser une langue autre que la langue officielle de l'État ne peut être déduit des libertés fondamentales³⁵. De tels

35. En matière de justice, dans les pays où le droit à l'interprète pour ceux qui ne comprennent ou ne parlent pas la langue des procédures, ou qui sont sourds, n'est pas reconnu expressément, un tel droit peut être considéré comme implicitement contenu dans le droit fondamental à un procès équitable. Il en va de même du droit de toute personne d'être informée des raisons de son arrestation et des accusations portées contre elle dans une langue qu'elle comprend, qui peut être déduit du droit à la liberté et à la sûreté. Par ailleurs, lorsque des protections linguistiques spéciales sont reconnues en matière judiciaire, elles vont habituellement plus loin que le simple droit à l'interprète et comprennent, comme par exemple au Canada en vertu de l'article 530 du *Code criminel*, le droit à une procédure

droits, pour exister, doivent être expressément reconnus à titre de protections linguistiques spéciales³⁶.

2) Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination

Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination peuvent servir à protéger une certaine liberté linguistique en permettant de lutter contre des mesures interdisant ou restreignant l'usage d'une langue lorsque cette interdiction ou ces restrictions sont discriminatoires, ce qui est pratiquement toujours le cas puisque l'État n'interdit ou ne restreint jamais toutes les langues en même temps, et surtout pas sa propre langue nationale ou officielle. Le principe d'égalité joue ici un rôle similaire à celui de la liberté d'expression et les deux sont d'ailleurs souvent invoqués parallèlement. Ainsi, au Canada, dans l'affaire *Ford* de 1988 déjà mentionnée précédemment, la Cour suprême du Canada a jugé que les dispositions d'une loi québécoise imposant à tous les commerçants l'usage exclusif du français dans l'affichage commercial entraînaient une discrimination indirecte, fondée sur la langue, à l'égard de ceux dont la langue française n'était pas la langue habituelle (comme on l'a vu, la Cour a également jugé que ces mêmes dispositions étaient contraires à la liberté d'expression).

menée dans la langue minoritaire, avec un juge et, le cas échéant, un jury capables de comprendre le justiciable minoritaire directement dans sa langue. Pratiquement tous les rapports nationaux soulignent l'existence du droit à l'interprète dans leur ordre juridique.

36. Si le droit d'utiliser la langue de son choix dans l'usage officiel pouvait être déduit des droits fondamentaux, qui bénéficient à tous, cela signifierait que l'Etat doit fonctionner et offrir les services publics dans toutes les langues parlées sur son territoire, ce qui serait manifestement absurde. En outre, pour que les individus puissent exercer un libre choix linguistique dans le cadre de leurs rapports avec l'État, il faut que celui-ci mette à leur disposition des services bilingues ou multilingues, c'est-à-dire qu'il crée les conditions nécessaires à l'exercice d'un tel droit. Or les libertés fondamentales, et notamment la liberté d'expression, sont traditionnellement analysées comme des libertés négatives, qui exigent seulement que l'État s'abstienne d'empêcher les individus d'agir et de s'exprimer librement, mais qui ne l'obligent pas à leur fournir les moyens matériels de le faire. Par contre, l'exercice de leur liberté linguistique par les individus dans le domaine privé ne nécessite aucune prestation particulière de la part de l'État mais exige seulement que celui-ci s'abstienne de contrecarrer leurs comportements spontanés.

Est-il possible d'aller plus loin et d'arguer que le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination devraient permettre de réclamer des mesures positives destinées à établir ou à rétablir une plus grande égalité entre ceux qui parlent la langue majoritaire et ceux qui parlent une langue minoritaire, dans le domaine de l'usage public des langues, c'est-à-dire celui du fonctionnement des services de l'État, en imposant à l'État, sur le seul fondement du droit à l'égalité, de faire fonctionner certains services publics, comme ceux de l'éducation ou de la justice, dans les langues minoritaires parlées par un nombre significatif de personnes ? Des auteurs de doctrine et des militants des droits des minorités le prétendent³⁷. Le point de départ de leur raisonnement est constitué par le concept de discrimination indirecte : le fait d'utiliser une seule langue dans les fonctions de l'État, celle de la majorité, entraîne pour les minorités linguistiques des désavantages fondés sur ce qui fait leur caractère particulier. Sur un plan théorique, un tel raisonnement, poussé au bout de sa logique, pourrait donc faire conclure que le fait de n'offrir l'ensemble des services publics étatiques que dans la seule langue majoritaire a pour effet de désavantager ceux qui parlent une langue différente et d'entraîner à leur égard une discrimination indirecte. Il faudrait alors considérer que le droit à l'égalité oblige les autorités étatiques à utiliser également les langues autres que la langue officielle lorsque celles-ci sont parlées par un nombre suffisant d'individus (et en tenant compte de considérations pratiques et financières)³⁸. En pratique, on ne trouve guère de cas où des tribunaux internes, dans les pays ayant fait l'objet d'un rapport national,

37. Voir par exemple : F. De Varennes, *Language Minorities and Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, chap. 4.

38. Un tel point de vue conduit à l'égalité «pluraliste», qui consiste à reconnaître aux minorités les mêmes avantages qu'à la majorité, ce qui suppose un traitement spécifique et des institutions particulières (par exemple, des écoles propres dans lesquelles l'instruction se donne dans la langue de la minorité). Il faut distinguer cette égalité «pluraliste» (ou traitement différentiel) de l'égalité «affirmative» (ou traitement préférentiel), qui consiste à conférer à une minorité défavorisée un avantage par rapport à la majorité. Les traitements préférentiels consistent à offrir à certaines catégories d'individus des avantages non accessibles à d'autres; c'est le cas, par exemple, des quotas d'admission dans la fonction publique pour les femmes ou les minorités visibles. Les traitements différentiels réfèrent aux situations où l'égalité réclame autre chose qu'une identité de traitement. Ainsi, le fait d'ouvrir une école dans laquelle l'instruction est donnée dans la langue de la minorité est un traitement différentiel, mais non un traitement préférentiel : les membres de la minorité et ceux de la majorité bénéficient du même avantage, à savoir le droit d'étudier dans leur langue maternelle.

soient allés aussi loin sur la base du principe d'égalité³⁹. Le droit international ne va sûrement pas aussi loin; comme il a été vu précédemment, une telle position irait d'ailleurs contre les principes actuels en la matière, rappelés par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies dans l'affaire *Ballantyne*, à savoir qu'en matière d'usage officiel, l'État peut légitimement choisir de ne fonctionner qu'en une ou plusieurs langues officielles⁴⁰.

39. Il existe quelques décisions isolées aux États-Unis où les tribunaux ont adopté un début de raisonnement allant dans le sens suggéré. Ainsi, dans l'arrêt *Lau c. Nichols* de 1973 (414 U.S. 563; 94 S.Ct. 786), la Cour suprême s'est fondée sur le principe d'égalité inscrit dans le *Civil Rights Act* de 1964 pour conclure que les écoles publiques devaient offrir des aménagements particuliers aux enfants minoritaires (chinois en l'espèce) qui ne comprenaient pas suffisamment l'anglais pour tirer profit de l'instruction dispensée. La Cour a suggéré que ces aménagements pourraient consister en des cours préparatoires d'anglais ou en un enseignement bilingue dans lequel la langue minoritaire sert, parallèlement à l'anglais, de langue d'instruction durant les premières années de la scolarité; cette deuxième solution a été adoptée par un certain nombre d'administrations scolaires. De même, un certain nombre de décisions judiciaires ont reconnu le droit des Portoricains immigrés sur le territoire continental des États-Unis de recevoir les documents électoraux en espagnol, sur le fondement du droit de vote et du droit à l'égalité; voir par exemple : *Puerto Rican Organization for Political Action (PROPA) c. Kusper*, 490 F. 2^e 575 (7^e Circ. 1973).

40. Dans une affaire postérieure, *Diernaardt c. Namibie* du 6 septembre 2000 (Communication No. 760/1997, Doc. N.U. CCPR/C/69/D/760/1997), le Comité a été majoritairement d'avis qu'une circulaire émise par le gouvernement de la Namibie (dont la Constitution prévoit que l'anglais est la seule langue officielle), interdisant aux fonctionnaires publics l'usage d'une langue autre que l'anglais dans leurs communications officielles avec les administrés, même au téléphone, constituait une discrimination contraire à l'article 26 du *Pacte international*. Cette opinion majoritaire est justifiée par ce seul passage : « The Committee notes that the authors have shown that the State party has instructed civil servants not to reply to the authors' written or oral communications with the authorities in the Afrikaans language, even when they are perfectly capable of doing so. These instructions barring the use of Afrikaans do not relate merely to the issuing of public documents but even to telephone conversations. In the absence of any response from the State party the Committee must give due weight to the allegation of the authors that the circular in question is intentionally targeted against the possibility to use Afrikaans when dealing with public authorities. Consequently, the Committee finds that the authors, as Afrikaans speakers, are victims of a violation of article 26 of the Covenant » (para. 10.10). On constate que trois facteurs sont soulignés : a) l'interdiction visait non seulement les communications écrites mais également les communications orales; b) l'État partie n'a tenté d'apporter aucune justification de la mesure incriminée; c) en l'absence d'une telle justification, le Comité est porté à croire les requérants lorsqu'ils allèguent que la circulaire visait intentionnellement à prohiber de façon particulière l'afrikaans, plutôt que toutes les langues n'ayant pas de statut officiel. La conclusion des membres majoritaires concernant la violation de l'article 26 a fait l'objet de

On constate donc que les droits de la personne jouent un rôle très important – et pratiquement suffisant - en matière de protection des minorités religieuses, surtout si on tient compte du concept d'obligation d'accommodement. La principale lacune dans ce domaine vient de ce que la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination religieuse ne sont généralement pas interprétées comme donnant le droit à des subventions étatiques en faveur des écoles religieuses privées.

Par contre, pour ce qui est de la protection des minorités culturelles et linguistiques, le recours aux droits de l'homme, s'il n'est pas inutile comme on l'a vu, est manifestement insuffisant. La liberté d'expression et l'interdiction de la discrimination permettent d'assurer une certaine «liberté linguistique» dans le domaine de l'usage privé des langues, c'est-à-dire celui des relations entre personnes privées, physiques ou morales. Mais elles ne sont normalement pas interprétées comme permettant de réclamer des droits linguistiques en matière d'usage officiel des langues, c'est-à-dire dans le domaine des relations des individus et des collectivités minoritaires avec l'État (sauf pour ce qui est du droit à l'interprète en matière judiciaire). Autrement dit, les droits de la personne ne sont pas interprétés comme obligeant l'État à faire une certaine place aux langues minoritaires dans le fonctionnement de ses services publics, en particulier celui de l'éducation. Or, pour qu'une langue minoritaire puisse être maintenue et transmise, il faut qu'elle puisse être enseignée, ou mieux encore

dissidences fortement motivées de six membres du Comité qui ont souligné qu'un État a le droit de choisir une ou plusieurs langues officielles et d'exiger que les communications entre les citoyens et l'État se fassent uniquement dans cette ou ces langue(s). À leur avis, aucun droit de communiquer avec les autorités étatiques dans une langue autre que la ou les langue(s) officielle(s) ne saurait être déduit de l'article 26 (droit à l'égalité) ou de l'article 19 (liberté d'expression). L'opinion majoritaire dans cette affaire est difficile à concilier avec les constatations du Comité dans l'affaire *Ballantyne*. Elle est faiblement motivée et peu convaincante. Qui plus est, elle semble reposer sur une appréciation erronée des faits, certains des membres dissidents soulignant que la circulaire incriminée ne pouvait d'aucune manière être interprétée comme visant davantage l'afrikaans que les autres langues non officielles. Les opinions dissidentes nous paraissent mieux exprimer l'état du droit positif et du consensus doctrinal en la matière. Comme le dit notamment une de ces opinions, «[o]nce a State party has adopted any particular language or languages as official language or languages, it would be legitimate for the State party to prohibit the use of any other language for official purposes [...]» (opinion dissidente de P.N. Bhagwati, Lord Colville et Maxwell Yalden, para. 5). Voir également les opinions dissidentes de M. Abdalfattah Amor, M. Nisuke Ando et M. Rajsoomer Lallah.

servir de langue d'enseignement, au moins dans des écoles privées, mais de préférence dans les écoles publiques⁴¹. Il est également très souhaitable, pour des raisons symboliques et pratiques, qu'une telle langue se voie reconnaître une certaine place dans le fonctionnement de l'appareil étatique et dans les relations de celui-ci avec les citoyens. Mais pour que de tels droits existent, il faut qu'ils soient reconnus sous forme de protections minoritaires spéciales dans les lois ou les constitutions nationales (ou dans les instruments internationaux).

III - La protection des minorités par des droits spécifiques (ou protections spéciales)

En cette matière, il existe une très grande diversité des solutions adoptées, allant du refus d'accorder aux minorités des protections spéciales jusqu'à des régimes très élaborés dans le cadre desquels certaines minorités se voient reconnaître des droits linguistiques plus ou moins complets dans les domaines de l'enseignement public, de la justice, de la publication des lois et des règlements, du fonctionnement des institutions parlementaires et gouvernementales et de celui des services publics. Quand un État reconnaît de tels droits minoritaires, il les ajuste à la situation concrète des groupes bénéficiaires, ces situations étant évidemment très variées. Par conséquent, les protections minoritaires spéciales sont marquées par leur particularisme et se distinguent, à cet égard, des droits de la personne, qui se caractérisent au contraire par leur universalisme⁴². Néanmoins, cela ne signifie pas que les protections minoritaires spéciales s'opposent aux droits fondamentaux ou

41. Le droit à la liberté, entendu comme le droit de prendre un certain nombre de décisions fondamentales pour soi-même et pour ses enfants, peut sans doute être interprété comme comprenant le droit de choisir pour ses enfants une école privée dans laquelle une langue minoritaire est enseignée, ou même sert de langue d'enseignement. L'existence d'un tel droit est cependant moins claire, à la fois en droit constitutionnel comparé et en droit international, que celle du droit de choisir pour ses enfants une école *religieuse* privée.

42. Pour cette raison, l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa Résolution qui contient également la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, a choisi de ne pas traiter des droits des minorités : «Considérant qu'il est difficile d'adopter une solution uniforme de cette question [la protection des minorités] complexe et délicate qui revêt des aspects particuliers dans chaque État où elle se pose; Considérant le caractère universel de la Déclaration des droits de l'Homme; Décide de ne pas traiter par une disposition spécifique dans le corps de cette Déclaration la question des minorités» (Résolution 217 (III) C, 10 décembre 1948).

constituent des exceptions par rapport à ces derniers. Au contraire, les protections minoritaires spéciales peuvent être considérées comme des applications particulières du principe d'égalité dans sa signification pluraliste, dans la mesure où elles sont destinées à établir une égalité réelle, plutôt que simplement formelle, entre la majorité et les minorités⁴³.

Les protections linguistiques spéciales, lorsqu'il en existe, sont pratiquement toujours attribuées aux seules minorités nationales, ou «vieilles» minorités, par opposition aux minorités issues de l'immigration, ou «nouvelles» minorités (cela est le cas au Canada, en Italie, en Belgique et en Colombie, les quatre pays ayant fait l'objet d'un rapport national dans lesquels existent des protections linguistiques spéciales en matière d'usage officiel des langues). D'abord pour des raisons pratiques : un État ne peut fonctionner efficacement dans plus de deux ou trois langues. Ensuite parce que les États craignent presque toujours que la reconnaissance de droits de nature linguistique ou culturelle aux immigrants n'ait pour effet de ralentir ou de contrecarrer leur intégration.

Parmi les trois grands domaines dans lesquels sont habituellement prévues des protections linguistiques spéciales pour les minorités - l'enseignement public, les services publics et le système judiciaire -, nous n'examinerons brièvement, étant donné le cadre imparti à ce rapport, que le premier, car il est le plus important, en nous attardant uniquement sur la question de l'usage de la langue minoritaire comme langue véhiculaire de l'enseignement (par opposition à son statut comme matière enseignée). Cependant, nous commencerons par quelques remarques générales pour souligner certaines caractéristiques des protections minoritaires spéciales.

43. Cette analyse des protections minoritaires spéciales comme mise en œuvre d'une vision pluraliste de l'égalité a été adoptée par la Cour permanente de Justice Internationale dans l'*Avis consultatif sur les écoles minoritaires en Albanie*, (6 avril 1935); C.P.J.I., Série A/B, no 64 à la p. 17, où la Cour affirmait notamment que «l'égalité en fait qui s'oppose à une égalité purement formelle, peut [...] nécessiter des traitements différents pour la majorité et la minorité, dont les conditions et les besoins ne sont pas identiques» et qu'«il n'y aurait pas de véritable égalité entre majorité et minorité si celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité».

A. Principe de territorialité et principe de personnalité

Les principes de territorialité et de personnalité permettent de définir les deux grands modèles d'aménagement du statut des langues dans le domaine de l'usage public ou officiel (comme nous l'avons vu précédemment, dans le domaine de l'usage privé, les États démocratiques et libéraux doivent respecter le principe de la liberté linguistique, lequel peut être déduit de certains droits fondamentaux, principalement la liberté d'expression et le droit à l'égalité et à la non-discrimination).

Dans le modèle fondé sur le principe de territorialité, la langue du territoire (qui est la langue de la majorité) s'impose à tous, quelle que soit leur langue maternelle ou usuelle; tous recevront donc leur instruction à l'école publique dans la langue du territoire et devront utiliser cette langue dans leurs rapports avec les organes étatiques. Par conséquent, la langue de la majorité est la seule langue officielle, la seule utilisée par les organes étatiques et dans les écoles publiques comme langue véhiculaire de l'enseignement. Dans certains cas, comme la France, la totalité du territoire national constitue un seul et même territoire unilingue et il n'existe qu'une seule langue officielle pour l'État et les autres collectivités publiques. Dans d'autres, comme la Suisse ou la Belgique, il y a superposition, sur le territoire national, de deux ou plusieurs territoires unilingues, avec une langue officielle unique mais différente pour chaque territoire (en Belgique, les régions unilingues néerlandaise, française et allemande respectivement; en Suisse, les cantons unilingues germanophones et francophones et le canton unilingue italophone). En outre, en Belgique et en Suisse, il existe des exceptions au principe de territorialité : certaines entités territoriales sont bilingues ou plurilingues (la région de Bruxelles-Capitale et les communes à facilités en Belgique; les cantons bilingues et un canton trilingue en Suisse).

La caractéristique du modèle territorial est l'absence de liberté de choix pour les individus en matière d'usage officiel des langues. Ceux qui immigreront dans un territoire unilingue, qu'ils viennent d'une autre région linguistique du pays ou de l'extérieur de celui-ci, doivent s'assimiler sur le plan linguistique à leur territoire d'accueil. Ce système ne fonctionne bien que lorsque

l'implantation des divers groupes linguistiques est suffisamment homogène, c'est-à-dire que ces derniers sont bien séparés sur le plan territorial⁴⁴.

Lorsque les communautés linguistiques sont trop imbriquées, il faut adopter le principe de personnalité (fondé sur la langue des personnes plutôt que sur celle du territoire). Il permet aux individus, en matière d'usage officiel, le libre choix entre deux ou plusieurs langues (celle de la majorité et celle(s) de la ou des minorités) et exige par conséquent que les services publics soient offerts dans ces langues, c'est-à-dire qu'il y ait bilinguisme ou multilinguisme officiel, et que les membres de la minorité puissent choisir d'envoyer leurs enfants dans des écoles publiques dans lesquelles leur langue est la langue véhiculaire de l'instruction. Par ailleurs, lorsque le principe de personnalité est retenu, il est rare qu'il soit appliqué sur la totalité du territoire de l'État. Il n'est d'habitude mis en oeuvre que dans les régions où le nombre des locuteurs minoritaires le justifie, comme c'est le cas au Canada dans les domaines relevant de la compétence des autorités fédérales.

44. L'application du principe de territorialité peut aussi avoir pour but de protéger une langue vulnérable en lui procurant une «aire de sécurité linguistique», c'est-à-dire un territoire sur lequel elle est protégée contre la concurrence d'autres langues plus prestigieuses ou plus attractives. À l'inverse, le principe de «personnalité» fait primer les droits de l'individu sur ceux de la collectivité en permettant la liberté du comportement linguistique. La solution «personnelle» exige le bilinguisme institutionnel et maintient donc le contact et la concurrence entre les langues en présence. Par conséquent, la langue qui a le plus de prestige et d'utilité économique pourra se développer au détriment de celle qui possède une force d'attraction moindre. Le principe de territorialité peut donc être une façon de protéger la langue d'un groupe minoritaire au niveau national, mais constituant la majorité dans une entité régionale ou fédérée, en lui permettant d'assurer à sa langue le statut de seule langue officielle à l'intérieur de celle-ci. Pour une minorité suffisamment nombreuse et dont l'implantation est concentrée sur un territoire où elle constitue la majorité, le principe de territorialité représente la solution la plus avantageuse. Pour une minorité peu nombreuse et dispersée, ou encore pour une «sous-minorité», c'est le principe de personnalité qui offre la meilleure protection. Soulignons que, dans l'affaire linguistique belge, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la conformité du principe de territorialité avec les droits garantis dans la *Convention européenne des droits de l'homme : Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Cour européenne des Droits de l'Homme, 23 juillet 1968, dans (1968) *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'Homme* aux pp. 833 et s.

B. Variation du régime selon le niveau politique ou administratif considéré

Dans un État fédéral ou régionalisé, le régime linguistique peut être différent selon le pallier de gouvernement considéré, dans la mesure où les divers palliers se voient reconnaître la compétence de légiférer dans ce domaine (mais la Constitution, si elle prévoit des droits linguistiques applicables à certaines entités, restreint d'autant la liberté de celles-ci de légiférer comme elles l'entendent). Les deux grands principes - territorialité et personnalité - peuvent ainsi se combiner de diverses manières. Au niveau des entités fédérées ou régionales, certaines peuvent être bilingues ou plurilingues et d'autres unilingues. En Belgique, il y a coexistence de trois régions unilingues (néerlandophone, francophone et germanophone), d'une région de la capitale bilingue et de «communes à facilités» le long de la frontière linguistique. En Suisse, il existe dix-sept cantons unilingues de langue allemande ou d'un dialecte alémanique, quatre cantons unilingues de langue française, un canton unilingue de langue italienne, trois cantons bilingues de langues allemande et française et, enfin, un canton trilingue, avec l'allemand (majoritaire), le romanche et l'italien. Au Canada, les provinces définissent elles-mêmes leur régime linguistique dans le cadre de certaines obligations imposées par la Constitution. Certaines offrent une gamme de services dans la langue de la minorité lorsque celle-ci est parlée de façon suffisamment importante. D'autres ne pratiquent qu'un bilinguisme très limité⁴⁵.

Quant à l'État fédéral lui-même, il doit nécessairement faire place aux diverses langues dans son fonctionnement interne (par exemple au sein du Parlement fédéral et des tribunaux fédéraux) et pour ce qui est des organes fédéraux établis dans la capitale (les organes fédéraux centraux), sinon les groupes linguistiques exclus développeraient des griefs pouvant mener à des visées séparatistes. Dans le fonctionnement externe de l'appareil fédéral (rapports avec les administrés et avec les organes locaux), pour ce qui est des organes fédéraux décentralisés, établis sur les divers points du territoire, deux

45. Pour une description détaillée, voir les contributions d'Y. Fontaine, P. Foucher et J. Woehrling dans N. Levrat, dir., *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

modèles sont possibles. D'une part, le bilinguisme officiel, qui permet le choix de la langue par les individus; c'est le cas au Canada, du moins là où le nombre de locuteurs minoritaires le justifie. D'autre part, l'unilinguisme territorial, l'administration fédérale s'adressant aux individus dans la seule langue de l'entité fédérée ou de la région où ils résident. C'est la situation en Belgique (sauf dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et dans les communes à facilités) : les services locaux de l'administration fédérale demeurent unilingues; ils ne fonctionnent qu'en français en Wallonie, en néerlandais en Flandre, en allemand dans la région germanophone. Mais la fonction publique fédérale de l'État belge établie à Bruxelles doit être en mesure d'offrir des services dans les diverses langues. Au Canada, l'État fédéral fonctionne de façon bilingue, mais uniquement, pour la plupart des services, là où le nombre de minoritaires le justifie (en pratique, au Québec, au Nouveau-Brunswick et dans certaines régions de l'Ontario); certains services fédéraux sont bilingues partout. En Suisse, il y a quadrilinguisme au niveau fédéral (avec un statut moindre pour le romanche que pour l'allemand, le français et l'italien). En Espagne, le castillan est la langue officielle de l'État et les autres langues espagnoles (basque, catalan et galicien) bénéficient d'un statut de «co-officialité» sur le territoire de leur communauté respective.

C. Les effets de la reconnaissance du statut de langue officielle

Le statut des langues en matière d'usage officiel, c'est-à-dire dans le fonctionnement interne des organes étatiques et dans les rapports entre ceux-ci et les citoyens, passe généralement (mais pas nécessairement) par la reconnaissance d'une ou de plusieurs langues comme «officielles». Il faut en fait distinguer deux situations : d'une part, celle où la langue majoritaire est seule déclarée langue officielle, d'autre part, celle où une ou plusieurs langues minoritaires sont déclarées langues officielles à côté de la langue majoritaire.

Lorsque seule la langue de la majorité est déclarée officielle (ce qui correspond au principe de territorialité, examiné précédemment), ce statut a généralement pour finalité – ouverte ou dissimulée – de limiter le droit d'utiliser d'autres langues, et en particulier les langues des minorités. C'est clairement l'objectif poursuivi aux États Unis par les déclarations de l'anglais comme langue officielle dans les constitutions d'un certain nombre d'États fédérés depuis une vingtaine d'années; cependant, en général, ces déclarations ont été

interprétées comme ayant surtout un effet symbolique et comme n'interdisant pas complètement l'usage d'autres langues dans le fonctionnement des instances et services étatiques⁴⁶. C'est également, dans une mesure moindre, l'objectif poursuivi au Québec par l'article 1 de la *Charte de la langue française* qui fait du français la (seule) langue officielle du Québec, l'idée étant de limiter, sans le supprimer complètement, le bilinguisme traditionnellement établi en faveur de l'anglais, dans la mesure où l'on avait constaté qu'il nuisait aux efforts de conservation et de redressement du français. Ce statut de seule langue officielle du français est d'ailleurs principalement symbolique puisque, en vertu d'une disposition de la Constitution canadienne qui l'emporte sur les lois québécoises, l'anglais est au Québec sur un pied d'égalité avec le français en tant que langue des lois, des règlements, des tribunaux et des travaux parlementaires⁴⁷. Enfin, on peut se demander si tel n'est pas aussi l'effet, sinon l'objectif, de la réforme constitutionnelle de 1992 ayant fait du français «la langue de la République» en France⁴⁸. À l'origine, il semble que l'adoption de cette disposition avait pour finalité de protéger le français contre l'influence excessive de l'anglais. Mais le Conseil constitutionnel l'a interprétée comme empêchant la reconnaissance d'une certaine place, dans la vie publique, à côté du français, aux langues régionales de France⁴⁹.

46. Sur la situation aux États-Unis, voir par exemple : J. F. Perea, «Demography and Distrust : An Essay on American Languages, Cultural Pluralism, and Official English» (1992) 77 *Minnesota Law Review* 269.

47. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 16, art. 133.

48. Depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, l'alinéa premier de l'article 2 de la Constitution française de 1958 énonce : «La langue de la République est le Français».

49. Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 «Charte européenne des langues régionales ou minoritaires». Parmi les raisons qui font conclure au Conseil constitutionnel que la Constitution de 1958 interdit à la France de ratifier la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, *supra* note 26, figure le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution : «Considérant que ces dispositions [prévoyant la ratification de la Charte] sont également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la vie privée mais également dans la vie publique, à laquelle la Charte rattache la Justice et les autorités administratives et services publics [...]». Sur la politique de la France à l'égard de la diversité linguistique, voir : D. Breillat, «La Charte des langues régionales ou minoritaires : le cas français» (2001) 35 *R.J.T.* 697.

L'attribution du statut de langue officielle s'analyse alors, au moins en partie, comme un ensemble d'*obligations* mises à la charge des individus, y compris les membres des groupes dont la langue n'est pas officielle, qui devront utiliser la langue officielle dans un certain nombre de situations, en particulier celles où ils entrent en rapport avec les organismes publics. Compréhensible dans les situations de majorités linguistiques dont la langue est concurrencée par une langue minoritaire, comme celle des Québécois francophones, une telle politique est par contre plus difficile à justifier dans le cas des États-Unis ou de la France, où il n'est nullement nécessaire de protéger la langue majoritaire contre les langues minoritaires.

Lorsque, au contraire, on veut favoriser l'utilisation d'une ou de plusieurs langues minoritaires à côté de la langue majoritaire, on peut les déclarer officielles, en plus de celle-ci, soit pour tout l'État, soit uniquement pour certaines de ses régions ou subdivisions, l'État acceptant donc de les utiliser dans ses communications avec les citoyens et, le cas échéant, pour le fonctionnement interne de ses propres institutions (cette situation correspond donc au principe de personnalité, examiné précédemment). Le statut de langue officielle s'analysera alors comme un ensemble de «droits linguistiques» reconnus aux membres des groupes minoritaires, ces droits s'accompagnant d'obligations corrélatives à la charge de l'État⁵⁰.

Par conséquent, selon l'endroit, l'époque ou les circonstances, l'attribution d'un statut de langue officielle peut signifier l'augmentation ou, au contraire, la diminution des droits linguistiques des individus appartenant aux minorités.

Par ailleurs, la simple déclaration d'une ou de plusieurs langues *minoritaires* comme langues officielles ne renseigne généralement pas de façon

50. Un État peut également reconnaître des droits linguistiques à ses minorités, en matière d'usage officiel, sans aller jusqu'à conférer à la ou aux langue(s) minoritaire(s) le statut formel de langue officielle. C'est le cas dans la majorité des provinces anglophones du Canada, qui reconnaissent certains droits aux francophones sans reconnaître au français le statut de langue officielle au niveau provincial. C'est également le cas au Québec, où les anglophones bénéficient de certains droits en vertu de la *Charte de la langue française*, *supra* note 10, laquelle ne reconnaît cependant pas l'anglais comme langue officielle.

suffisante sur les modalités précises de leur statut et de leur usage dans le fonctionnement de l'État, car il n'y a pas de contenu fixe et convenu du statut de langue officielle d'un pays ou d'une époque à l'autre. Il est donc nécessaire de préciser davantage ces conséquences dans des textes en prévoyant, par exemple, si tous les textes législatifs et réglementaires, ou certains d'entre eux seulement, doivent être adoptés dans deux ou plusieurs langues; si tous les services administratifs doivent fonctionner dans deux ou plusieurs langues, ou seulement les services situés dans les régions où vit une certaine proportion de locuteurs minoritaires; si les justiciables minoritaires bénéficient uniquement du droit à l'interprète devant les tribunaux, ou plutôt de celui d'être jugés par un juge qui les comprend directement dans leur langue; quelles langues seront enseignées et/ou serviront de langues d'enseignement dans les écoles publiques et selon quelles modalités, etc. Par contre, lorsque la langue *majoritaire* est seule considérée comme officielle (expressément ou implicitement), les conséquences sont plus simples à tirer : seule cette langue pourra être utilisée en matière d'usage officiel, sauf dans la mesure où des normes particulières reconnaîtraient ponctuellement des droits à une ou plusieurs langues minoritaires.

D. Gradation des droits reconnus selon le nombre et la concentration géographique des membres de la minorité

Le nombre et la concentration géographique des locuteurs minoritaires sur le territoire jouent un rôle essentiel. Plus leur nombre est grand en certains points du territoire, plus il est à la fois justifié et concrètement possible de leur reconnaître des droits à des services publics dans leur langue; il existe donc habituellement une gradation des droits en fonction du nombre des membres de la minorité.

Le principe selon lequel les droits de la minorité existent à partir d'un certain seuil démographique peut être appliqué avec plus ou moins de générosité. Selon la loi linguistique du Québec, pour qu'il existe la possibilité d'assurer certains services municipaux en anglais, les locuteurs de cette langue doivent être majoritaires dans la municipalité⁵¹. Le seuil numérique apparaît ici

51. *Charte de la langue française*, supra note 10, art. 29.1 (modifié par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2000, c. 57).

plutôt élevé; cela s'explique par le fait qu'il s'agit d'une situation sociolinguistique où la langue majoritaire a été infériorisée pendant de longues années et présente encore aujourd'hui une vulnérabilité par rapport à la langue minoritaire (l'anglais). Lorsque la situation est plus normale et que la langue majoritaire n'est pas ainsi menacée, le seuil numérique exigé devrait être beaucoup plus bas. Au Canada, la plupart des services administratifs fédéraux sont disponibles dans la langue minoritaire (anglais au Québec et français ailleurs au Canada) dans les divisions de recensement où la population minoritaire atteint au moins 5% de l'ensemble (ou encore, dans le cas des villes de plus de 100 000 habitants, lorsqu'elle compte au moins 5000 individus); certains services fédéraux sont en principe disponibles dans les deux langues partout, indépendamment du nombre de minoritaires (par exemple, les services de l'administration des douanes ou des aéroports). Dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, en Belgique, les néerlandophones reçoivent les services en néerlandais du gouvernement fédéral et du gouvernement régional de Bruxelles bien qu'ils ne constituent que 10% de la population. En Suisse, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons seraient tenus de déclarer une langue minoritaire nationale comme officielle pour les fins de son utilisation dans le système judiciaire à partir d'un seuil de 30% et de dispenser un enseignement public dans une telle langue à partir d'un seuil de 23% (cette règle générale doit cependant être modulée en fonction de considérations tenant au nombre absolu, plutôt que relatif, en un endroit donné, des locuteurs minoritaires). Malgré ces principes généraux, la pratique est variable selon les cantons : le canton de Berne est bilingue avec une minorité francophone de seulement 7,8%; dans le canton de Fribourg, des communes avec une minorité germanophone de 40% sont considérées comme unilingues francophones (une explication possible de cette disparité de pratiques étant que le français est minoritaire au niveau de la fédération toute entière, donc vulnérable, alors que l'allemand est fortement majoritaire au niveau national suisse).

Il semble que l'on puisse, sur la base du droit comparé, établir une sorte de règle générale en fixant *grosso modo* à 20% la proportion des minoritaires à partir de laquelle l'État devrait fournir certains services publics dans la langue de la minorité. C'est le chiffre qui avait été retenu dans un projet de convention élaboré dans le cadre du Conseil de l'Europe; cependant, aucun instrument international actuellement en vigueur n'établit de seuil numérique précis.

E. Les critères d'appartenance à la minorité

L'appartenance à une minorité doit toujours rester libre au sens *négatif* du terme, c'est-à-dire que les États, du moins ceux qui sont démocratiques et libéraux, n'imposent jamais à une personne le statut de minoritaire. Les membres d'une minorité ne sont donc normalement pas obligés de se prévaloir des droits qui leur sont reconnus : ils peuvent par exemple choisir d'envoyer leurs enfants dans les écoles de la majorité ou de s'adresser aux tribunaux, ou aux services publics, dans cette même langue⁵². Par contre, l'appartenance à la minorité est rarement libre au sens *positif* du terme, c'est-à-dire qu'une simple déclaration ne suffit généralement pas pour bénéficier des droits reconnus. Il faut habituellement remplir un critère objectif⁵³. Par exemple, au Canada, pour avoir le droit d'envoyer ses enfants dans une école publique dans laquelle l'instruction se donne dans la langue de la minorité, les parents doivent, selon des modalités assez complexes, avoir eux-mêmes la langue minoritaire comme première langue apprise et encore comprise, ou avoir reçu eux-mêmes leur instruction dans cette langue, ou encore avoir un enfant qui reçoit ou a déjà reçu l'instruction dans cette langue⁵⁴.

La combinaison des deux principes qui viennent d'être énoncés fait en sorte que, normalement, les membres de la minorité sont libres de choisir entre

52. Par exemple, l'article 3 para. 1 de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* du Conseil de l'Europe, *supra* note 3, prévoit : «Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés».

53. Par exemple, le paragraphe 35 du Rapport explicatif de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* du Conseil de l'Europe, *ibid.*, indique que la Convention «n'implique pas le droit pour un individu de choisir arbitrairement d'appartenir à une quelconque minorité nationale. Le choix subjectif de l'individu est indissociablement lié à des critères objectifs pertinents pour l'identité de la personne».

54. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 16, art. 23. Parfois, le régime change selon le droit invoqué. Ainsi, au Canada, chacun peut demander d'être jugé en français ou en anglais sans avoir à prouver qu'il est anglophone ou francophone ; il en va de même pour le droit d'être servi en français ou en anglais dans les administrations. Pour certains avantages, la distinction est sans signification pratique. C'est le cas pour le bilinguisme ou plurilinguisme des lois, des règlements et des travaux parlementaires. Une fois ce bilinguisme ou plurilinguisme établi, il profite concrètement à tous et pas seulement aux membres de la minorité.

le régime général et celui, particulier, reconnu à la minorité, alors que les membres de la majorité n'ont pas le même choix. Il s'agit donc d'une inégalité de traitement, mais justifiée par la nécessité d'offrir à la minorité un traitement particulier et, par conséquent, non discriminatoire.

F. Le caractère à la fois individuel et collectif des protections minoritaires spéciales

Les protections spéciales reconnues aux minorités constituent des droits qui présentent un aspect à la fois individuel et collectif. L'aspect collectif tient en premier lieu à leur finalité : ils sont destinés à permettre à une collectivité de se maintenir et de prospérer en tant que telle; ensuite, à ce que la condition de leur jouissance par les individus est l'appartenance à une certaine collectivité, plutôt que la simple qualité d'être humain, comme pour les droits individuels; enfin, à ce qu'il s'agit de droits qui ne peuvent être habituellement mis en œuvre qu'à partir d'un certain seuil démographique (on ne peut ouvrir une école pour un seul individu et on n'imprimera pas davantage les lois et les règlements dans la langue d'un seul individu). Par contre, au niveau de la mise en œuvre juridique, ces droits sont pratiquement toujours attribués aux membres de la minorité et invocables en justice par eux. Les droits qui ne peuvent être exercés que par la collectivité en tant que telle sont rares, voire inexistants, du moins pour ce qui est des droits subjectifs susceptibles d'être réclamés en justice⁵⁵. Par contre, les droits de nature politique, comme le droit de participer de façon effective aux affaires publiques ou le droit à une certaine autonomie gouvernementale, sont des droits collectifs au sens où ils ne peuvent pas être exercés par un seul individu. D'ailleurs, il s'agit moins de droits subjectifs que

55. Sur le plan de la mise en œuvre contentieuse, le fait d'accorder les droits à la collectivité en tant que telle plutôt qu'aux individus qui la composent compliquerait leur mise en œuvre, puisque celle-ci demanderait une décision prise à la majorité du groupe ou par ses organes directeurs. Sur le plan du droit privé, l'exercice collectif de certains droits est toujours possible par le biais de la liberté d'association; une minorité peut se donner une personnalité de droit privé, distincte de celle de ses membres, en créant une association. Au plan du droit public, le concept de droit collectif connote l'idée d'une personnalité de droit public pour la minorité, ce qui peut se réaliser par l'autonomie territoriale ou personnelle. Dès lors, les facultés éventuellement attribuées à cette personne collective sont des *pouvoirs* ou des *compétences* plutôt que des *droits subjectifs*.

d'aménagements institutionnels, lesquels constituent la troisième dimension de la protection des minorités qui sera examinée plus loin.

G. Les modalités de mise en œuvre du droit à l'enseignement dans la langue minoritaire

Lorsque le droit des membres d'une minorité de recevoir l'enseignement *dans* leur langue à l'école publique est reconnu dans l'ordre juridique d'un État, deux grandes modèles sont possibles : celui dans lequel les enfants de la minorité et ceux de la majorité reçoivent l'enseignement dans les mêmes classes, avec usage paritaire des deux langues comme langues véhiculaires ou usage prioritaire de l'une d'elles (modèle de l'unité de réseau scolaire) et celui dans lequel ils reçoivent leur enseignement dans des écoles distinctes et séparées (modèle de la dualité ou pluralité de réseaux scolaires)⁵⁶.

Le premier modèle est par exemple appliqué au Val d'Aoste, en Italie (usage en principe paritaire du français et de l'italien), ainsi qu'en Colombie (dans les communautés avec une tradition linguistique propre) et en France (existence de classes associatives bilingues, à fréquentation volontaire, en Alsace, en Bretagne, en Catalogne et dans d'autres régions où vivent des minorités linguistiques). Les avantages de ce modèle sont que tous les enfants acquièrent une bonne connaissance des deux langues et que la cohabitation de la majorité et de la minorité dans les mêmes écoles favorise l'intégration sociale et la compréhension entre les deux groupes. Le danger est que le contact permanent entre les deux langues se fasse au détriment de la langue minoritaire, ce qui a par exemple été constaté au Nouveau-Brunswick, une province canadienne où la minorité francophone compte pour le tiers de la population totale et où ce système, qui existait avant 1981, entraînait l'assimilation des francophones. En effet, l'anglais, langue majoritaire, servait de langue de contact entre élèves en dehors des activités proprement pédagogiques.

56. Sur cette question, voir : A. Milian-Massana, «L'intervention des pouvoirs publics dans les déterminations linguistiques relatives à l'enseignement : modèles et limites» (1995) 26 R.G.D. 205.

Dans le deuxième modèle, il existe à côté des écoles majoritaires des écoles minoritaires dans lesquelles l'enseignement se donne entièrement dans la langue de la minorité. C'est le cas, par exemple, au Canada, en Belgique (dans la région de Bruxelles-Capitale et dans les communes à facilités) et en Italie, dans la province de Bolzano/Bozen. Dès lors, les modalités varient en fonction de l'existence d'une liberté reconnue aux parents de choisir entre les deux réseaux d'écoles ou, au contraire, de la limitation de cette liberté.

Une première modalité reconnaît aux parents ou tuteurs (ou aux élèves eux-mêmes) le droit au libre choix de la langue d'enseignement. C'est le modèle appliqué, par exemple, depuis 1971 dans le district de Bruxelles-Capitale. Ce modèle était également appliqué au Québec avant 1974. L'inconvénient de ce système est qu'il risque de favoriser indûment le choix en faveur des écoles de la langue la plus prestigieuse, au détriment de celles de la langue la plus vulnérable (même s'il s'agit de la langue de la majorité, comme le français au Québec ou le néerlandais en Belgique). C'est pourquoi ce système a été abandonné au Québec à partir du moment où l'on a constaté que les immigrants envoyaient très majoritairement leurs enfants à l'école anglaise plutôt que française. L'autre danger est que, pour une raison quelconque, les parents de la majorité choisissent en grand nombre d'envoyer leurs enfants dans les écoles minoritaires, celles-ci pouvant alors perdre leur caractère propre; elles risquent de servir plutôt d'écoles d'immersion pour les enfants de la majorité qui veulent apprendre la langue de la minorité. Ainsi, dans une province du Canada à majorité anglaise, les anglophones majoritaires pourraient décider en grand nombre d'envoyer leurs enfants dans les écoles francophones, pensant qu'il leur sera utile d'apprendre le français; si le nombre des enfants anglophones devient significatif, cela pourrait faire en sorte que l'anglais devienne la principale langue de contact entre élèves pour les activités non-pédagogiques. L'école perdrait de son pouvoir de transmission de la langue minoritaire. C'est pourquoi il est souhaitable de donner à la minorité le contrôle des admissions dans ses propres écoles.

Une deuxième modalité reconnaît aux seuls membres de la minorité le droit de choisir entre les écoles de la langue majoritaire et celles de la langue minoritaire. Les membres de la majorité et les immigrants n'ont pas ce choix; ils ont l'obligation de faire recevoir à leurs enfants l'enseignement dans la langue de la majorité. C'est le modèle appliqué par exemple au Canada, en vertu

de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et au Québec en vertu de l'article 73 de la *Charte de la langue française*. Cela constitue-t-il une discrimination illicite ? Une première question est de savoir si les divers groupes sont dans une situation semblable ou si les différences objectives de situation justifient la différence de traitement. S'il y a effectivement discrimination (fondée sur la langue en l'occurrence), il faut se demander si elle est justifiée par des motifs de préservation du français, langue vulnérable et menacée par la concurrence de l'anglais.

Une troisième modalité serait celle imposant aux membres des divers groupes linguistiques de recevoir l'enseignement dans leur langue et interdisant par conséquent le libre choix tant aux membres de la minorité qu'à ceux de la majorité. Ce modèle est, semble-t-il, appliqué dans la province de Bolzano/Bozen en Italie depuis 1988. En fait, la situation tient au fait que le critère utilisé pour l'admission des élèves dans les deux réseaux scolaires est celui des connaissances linguistiques : l'élève, lorsqu'il entre à l'école primaire, doit avoir un minimum de connaissance de la langue véhiculaire de l'enseignement. Il s'ensuit qu'il est interdit aux unilingues d'aller à l'école de l'autre groupe linguistique; seuls les bilingues ont cette possibilité. Un tel modèle semble contredire l'article 5 de la *Convention* et de la *Recommandation de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*⁵⁷, qui prévoient que la fréquentation des établissements séparés pour des raisons linguistiques doit rester facultative. Dans les cas où ce système est néanmoins retenu, il est particulièrement important d'assurer aux élèves scolarisés dans la langue de la minorité un apprentissage suffisant de la langue de la majorité pour éviter de les placer dans une situation socialement désavantageuse. En effet, la maîtrise de la langue majoritaire conditionne

57. La Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) a adopté, le 14 décembre 1960, une *Convention* et une *Recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*. La Convention s'applique aux États qui l'ont ratifiée, ce qui n'est pas le cas du Canada. La Recommandation a été adoptée pour les États fédéraux qui estimaient ne pouvoir ratifier la Convention pour des raisons tenant à leur partage constitutionnel des compétences, ce qui était précisément le cas du Canada. La Conférence a donc élaboré deux instruments distincts, de portées juridiques différentes : (1962) vol. 429 R.T.N.U. 93.

normalement les chances de réussite économique et d'épanouissement social des personnes appartenant à une minorité linguistique.

Enfin, à défaut de disposer d'écoles publiques où leur langue sert de langue véhiculaire de l'instruction, les membres des minorités devraient toujours au moins se voir reconnaître la possibilité d'envoyer leurs enfants dans une école *privée* où l'enseignement se donne dans leur langue⁵⁸.

IV - La protection des minorités par des aménagements institutionnels

Avec cette troisième dimension, l'objectif n'est plus de protéger les minorités contre la majorité par des droits subjectifs, sanctionnés par les tribunaux, mais de faciliter leur participation effective au processus décisionnel démocratique de l'ensemble de la communauté politique, ou encore de leur permettre d'exercer une certaine autonomie politique dans un cadre territorial «infra-étatique»⁵⁹. On examinera d'abord cette dernière hypothèse.

58. En Belgique, où s'applique de façon générale le principe de territorialité en matière de langue d'enseignement, si les écoles privées restent libres d'utiliser comme langue d'enseignement une langue autre que la langue officielle du territoire, leurs élèves doivent cependant passer un examen d'homologation à la fin de leurs études pour entrer à l'université. En Suisse, certains cantons unilingues imposent la langue officielle comme seule langue véhiculaire de l'enseignement, même dans les écoles privées non-subsidées. Au Québec, de telles écoles ne sont pas soumises à la même obligation. En France, la Loi n° 94-665 relative à l'emploi de la langue française (dite «Loi Toubon»), adoptée par le Parlement français le 4 août 1994, prévoit que la langue de l'enseignement, des examens et concours, ainsi que des thèses et mémoires dans les établissements publics et privés d'enseignement est le français. Les seules exceptions à cette règle sont celles justifiées par les nécessités de l'enseignement des langues et cultures régionales ou étrangères ou lorsque les enseignants sont des professeurs associés ou invités étrangers. En outre, les écoles étrangères ou spécialement ouvertes pour accueillir des élèves de nationalité étrangère, ainsi que les établissements dispensant un enseignement à caractère international, ne sont pas soumis à cette obligation.

59. Certains instruments internationaux reconnaissent qu'il est désirable d'assurer aux minorités une participation effective aux décisions qui les concernent; voir par exemple, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, l'article 2.1 de la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, résolution 47/135 adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992 : «Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des

A. L'exercice par les minorités d'une autonomie politique à base territoriale

L'adaptation de l'aménagement territorial du pouvoir politique à la distribution ethnique de la population permet de faire apparaître des entités dans lesquelles un groupe minoritaire au niveau national constitue la majorité au niveau régional et, dès lors, se trouve en position d'y exercer le pouvoir politique dans le cadre des institutions propres à cette entité et pour les compétences qui lui sont imparties. Ce genre d'aménagement n'est jamais consenti qu'aux minorités de souche, ou «vieilles minorités» (les minorités issues de l'immigration ne le réclament d'ailleurs pas), et n'est possible que dans le cas des minorités suffisamment nombreuses et concentrées territorialement.

C'est l'État fédéral qui permet de pousser le plus loin cette solution, car parmi toutes les formes d'États composés, il permet la décentralisation politique la plus accomplie⁶⁰. De fait, pour plusieurs pays fédéraux, comme le Canada, la Suisse, la Belgique ou l'Inde, l'adoption de la forme fédérale s'explique précisément parce qu'elle permettait de régler ou d'atténuer les problèmes nés de l'hétérogénéité ethnique, religieuse ou linguistique de la population et de l'existence de minorités⁶¹. Ainsi, au Canada, les francophones du Québec n'ont

modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale».

60. Voir : J. Woehrling, «Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada» (2000) 46 R.D. McGill 21, 29-36; N. Levrat, «La protection des minorités dans les systèmes fédéraux» (1997) 30 Revue trimestrielle des droits de l'Homme 229.

61. Le cas des États-Unis est plus complexe. À l'origine, les Anglo-Saxons dominaient partout dans les treize colonies qui ont donné naissance à la fédération américaine, aucune d'entre elles n'étant la patrie d'une minorité nationale. Par conséquent, l'adoption du système fédéral ne visait pas à tenir compte de différences «ethnoculturelles», mais plutôt, comme cela est bien connu, à introduire une forme supplémentaire de séparation des pouvoirs étatiques et à protéger les libertés individuelles. Cependant, au fur et à mesure que les États-Unis se sont étendus territorialement, le problème des minorités nationales a commencé à se poser, dans la mesure où les territoires nouvellement incorporés, par colonisation, achat ou conquête, abritaient des peuples distincts du point de vue «ethnoculturel» et formant, dans certains cas, la majorité sur leurs terres ancestrales : peuples autochtones et populations hispaniques (Chicanos) de l'ouest et du sud-ouest, francophones de la Louisiane, Esquimaux de l'Alaska, Aléoutes, Hawaïens, Portoricains. Dès lors, le système fédéral aurait pu permettre, en théorie, à ces groupes de bénéficier d'une certaine autonomie politique à base

accepté de donner leur accord à la Constitution de 1867 qu'à la condition que le régime soit fédéral plutôt qu'unitaire, comme l'auraient voulu certains des représentants de la majorité anglophone de l'ensemble du Canada. Dans le cas de la Belgique, la fédéralisation de cet État qui était unitaire à l'origine a justement eu pour objet de permettre une plus grande autonomie des deux grandes communautés en présence, les francophones et les néerlandophones, qui ne s'entendaient pas dans le cadre unitaire.

Les États régionalisés, dont l'organisation constitutionnelle, sans respecter tous les éléments du véritable fédéralisme, s'en rapproche plus ou moins, offrent également un cadre favorable à la mise en œuvre de la solution de l'autonomie politique à base territoriale. Le rapport italien permet d'illustrer ce cas de figure avec les statuts régionaux particuliers, à valeur constitutionnelle, dont bénéficient les germanophones du Trentin Haut-Adige et les francophones du Val d'Aoste. On peut bien sûr également mentionner la constitution espagnole de 1978 qui, en créant l'«État des autonomies», a permis aux Basques, aux Catalans et aux Galiciens de bénéficier d'une autonomie à base territoriale significative.

Enfin, même si la forme de l'État unitaire favorise moins l'exercice d'une autonomie à base territoriale par les minorités, elle permet néanmoins cette solution dans des cadres plus modestes comme ceux de la municipalité, du département ou de la région. Elle peut même s'accommoder, lorsque la volonté politique nécessaire existe, d'une forme d'autonomie plus poussée dans le cadre de régions à statut particulier, comme c'est le cas par exemple pour les Îles d'Åland en Finlande ou la Corse en France.

territoriale. Mais cette solution a été délibérément écartée et l'on a toujours réussi à empêcher, de diverses manières, qu'une minorité nationale ne prenne le contrôle politique d'un État américain et ne bénéficie de cette façon d'une importante autonomie gouvernementale. Le seul cas dans lequel une minorité nationale exerce, depuis 1952, une autonomie gouvernementale dans un cadre similaire à celui des entités fédérées américaines est celui de Puerto Rico, qui n'a pas le statut d'État américain mais celui d'État libre («Commonwealth») associé aux États-Unis. La population de Puerto Rico est de 3,9 millions d'habitants, dont la quasi-totalité (95 %) est hispanophone. Certains peuples autochtones des États-Unis exercent également une forme d'autonomie gouvernementale à base territoriale.

C'est également une solution qui est particulièrement utilisée pour permettre aux peuples autochtones d'exercer une certaine forme d'autonomie gouvernementale. Les rapports panaméen, brésilien, colombien et costaricain indiquent que des territoires indigènes autonomes ont été créés ou sont en voie de l'être. Au Canada, on a créé en 1999 un troisième territoire fédéral, le Nunavut, découpé de façon à ce que les Inuit y soient majoritaires. Certains accords passés avec d'autres peuples autochtones du Canada, ou en voie de discussion, prévoient également ce genre de solution.

À certains points de vue, l'État régionalisé et l'État unitaire opposent même moins de difficultés que l'État fédéral à accommoder les minorités par l'autonomie territoriale, car ils admettent plus facilement l'asymétrie, inscrite en quelque sorte dans le modèle lui-même, que les systèmes fédéraux qui sont fondés sur le principe de l'égalité des entités fédérées. En effet, dans la plupart des fédérations multinationales, quelques entités fédérées seulement, voire une seule, abritent des minorités nationales et adoptent en conséquence des positions autonomistes en cherchant à maximiser les pouvoirs exercés au niveau local (par exemple, le Québec au Canada, la Catalogne, le Pays basque et la Galice en Espagne), les autres entités étant habitées par la majorité nationale et prenant des positions moins autonomistes, voire centralistes (par exemple, les neuf provinces anglophones du Canada, les communautés autonomes castillanophones de l'Espagne). Il en résulte une asymétrie des revendications, très évidente au Canada; par exemple, le Québec voudrait que les autorités fédérales se retirent du domaine des soins de santé alors que la plupart des Canadiens des autres provinces sont opposés à cette idée. Une solution à ces demandes divergentes pourrait être, en théorie, de prévoir une asymétrie en termes de pouvoirs reconnus aux deux types d'entités fédérées, mais cette solution se heurte à une interprétation uniformisante du principe d'égalité (égalité des entités fédérées, égalité des citoyens). On constate donc ici une limite du fédéralisme comme moyen d'accommoder les minorités nationales : pour jouer véritablement ce rôle, le fédéralisme doit admettre certaines asymétries, ce qu'il ne permet pas facilement pour les raisons mentionnées précédemment, mais que l'État régionalisé et l'État unitaire autorisent plus volontiers.

La grande crainte qui fait hésiter certains États à consentir des aménagements territoriaux à leurs minorités est que l'autonomie à base territoriale nourrisse plutôt que d'apaiser les revendications séparatistes. C'est ce qui s'est peut-être effectivement produit dans le cas du Québec; l'exercice d'une souveraineté partielle dans le cadre fédéré a fait naître dans une partie de la population le désir d'exercer une souveraineté plus complète qui suppose la sécession d'avec le Canada. En Espagne, le régime de l'autonomie territoriale paraît satisfaire suffisamment les Catalans, mais pas les Basques, pour calmer les tendances séparatistes. Le rapport costaricain analyse une décision de la Chambre constitutionnelle de ce pays dans laquelle les membres de celle-ci se sont partagés à trois contre quatre sur le droit inhérent («originaire») à l'autonomie gouvernementale des peuples indigènes (question qui soulève également des controverses au Canada). La minorité était prête à reconnaître un tel droit, lequel supposait dans certains cas que les peuples indigènes puissent adopter des normes incompatibles avec celles de l'État et qu'ils puissent déterminer librement les règles de leur propre citoyenneté. La majorité, au contraire, estimait que cette thèse était incompatible avec l'indivisibilité de la souveraineté propre à l'État moderne et qu'elle ne serait acceptable que si l'autonomie ainsi reconnue aux peuples indigènes était soumise à l'ordre juridique étatique et qu'en cas de conflit ce dernier ne prévaille.

L'autre danger qu'invoquent les adversaires de cette solution est qu'une minorité bénéficiant d'une autonomie politique et juridique puisse imposer à ses propres membres des normes qui se révéleraient incompatibles avec les droits fondamentaux de la personne. L'hypothèse n'est pas purement théorique, comme le montrent certaines péripéties relatives à la portée de l'autonomie gouvernementale réclamée par les peuples autochtones du Canada. On a en effet assisté à une confrontation entre les représentants traditionnels de certains de ces peuples, qui voulaient que les gouvernements autochtones autonomes soient soustraits à l'application des droits constitutionnalisés, considérant ces derniers comme trop inspirés par les valeurs de la société non-autochtone dominante, et les associations de femmes autochtones, qui ont farouchement lutté pour empêcher une telle solution, craignant que leur propre communauté ne leur impose certaines inégalités fondées sur le sexe qui seraient considérées comme nécessaires pour maintenir des formes culturelles traditionnelles.

Il faut de toute manière constater les limites de l'autonomie à base territoriale comme solution pour régler les questions minoritaires. En effet, le problème de protection des minorités subsiste ou réapparaît si le découpage territorial et le découpage ethnique ou linguistique ne coïncident pas, ce qui est le plus souvent le cas. Certaines minorités sont trop faibles démographiquement ou trop peu concentrées territorialement pour pouvoir obtenir leur propre entité territoriale. De plus, lorsqu'un groupe minoritaire au niveau national est majoritaire dans une ou plusieurs entités régionales, on trouve souvent sur son territoire une ou plusieurs autres minorités; par exemple, sur le territoire du Québec vivent à côté de la majorité francophone une minorité anglophone et plusieurs groupes autochtones (qui sont donc des «sous-minorités» ou des «minorités dans la minorité»). On peut alors songer à redécouper le territoire pour essayer d'éliminer les situations minoritaires résiduelles. La plupart du temps, cette solution est cependant inapplicable, parce qu'elle entraînerait un trop grand morcellement politique et territorial ou parce que les minorités sont trop dispersées⁶².

B. Les aménagements institutionnels autres que territoriaux

1) L'autonomie personnelle

On peut tenter d'organiser, au profit d'une minorité qui ne peut bénéficier d'une autonomie territoriale, une forme d'autonomie «personnelle» ou «fonctionnelle», c'est-à-dire lui reconnaître une certaine autonomie politique ou normative basée sur le rattachement des personnes non à un territoire, mais plutôt au groupe lui-même (sur la base de caractéristiques personnelles comme la langue, la religion ou l'ethnie). Au Canada, la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, dans son rapport déposé en 1997, a proposé des solutions de ce genre pour reconnaître une certaine forme d'autonomie gouvernementale à des groupes autochtones de faible importance démographique et vivant dans des régions où ils ne constituent qu'une minorité

62. Mais il arrive exceptionnellement qu'elle puisse être utilisée. C'est ainsi qu'en 1975, le Canton de Berne en Suisse a été découpé pour donner naissance au nouveau Canton du Jura, afin de satisfaire la minorité francophone de l'ancien Canton de Berne. Certains «redécoupages» territoriaux ont également eu lieu en Inde, principalement en 1956.

de la population⁶³. Il existe des éléments très limités de fédéralisme personnel en Belgique; la Constitution y crée trois communautés linguistiques, qui sont clairement des communautés de personnes et non des territoires. Ces communautés sont cependant articulées avec quatre régions (ou territoires) linguistiques, dont une, Bruxelles-Capitale, est bilingue et dont les trois autres sont unilingues ; ce sont les régions territoriales qui ont les pouvoirs les plus importants. Mais l'exemple le plus intéressant d'autonomie normative à base personnelle est celui du Liban. Les communautés religieuses libanaises ont le droit de soumettre leurs membres à un statut personnel qui leur est propre et de créer des juridictions compétentes en matière de mariage, de divorce, d'adoption et pour tous les autres aspects de la vie relatifs au statut personnel. Le rapporteur libanais fait cependant ressortir les dangers d'une telle délégation par l'État de sa compétence normative dans ce domaine. En effet, rien dans la Constitution n'empêche que certains régimes communautaires ne portent atteinte à certains droits fondamentaux, comme l'égalité entre hommes et femmes; en matière successorale, chez les communautés musulmanes, la femme n'a pas les mêmes droits que l'homme. Comme auparavant avec la question des peuples autochtones au Canada, on aperçoit ici les dangers que peuvent faire courir certaines formes d'autonomie normative des collectivités, à fondement territorial ou personnel, aux droits individuels des membres de ces collectivités. Une solution assez simple pourtant, mais que le Liban n'a pas adoptée jusqu'à présent semble-t-il, consisterait à créer un régime de droit commun qui pourrait s'appliquer à tous ceux qui ne veulent plus appartenir à une communauté; autrement dit, une liberté effective de choisir accordée au citoyen. L'État, en reconnaissant des droits aux communautés, ne doit pas oublier ses obligations vis-à-vis de ses citoyens et les droits de ceux-ci indépendamment de leur appartenance communautaire.

Néanmoins, les tentatives d'organiser un fédéralisme personnel sont restées jusqu'ici très modestes; elles se heurtent au fait que la démocratie

63. «Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones», *Une relation à redéfinir*, vol. 2, Première partie, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1996 aux pp. 276 s.

moderne fonctionne sur la base d'une représentation politique et de critères d'application des lois basés pour l'essentiel sur le territoire⁶⁴.

2) Les mécanismes destinés à garantir la représentation de la minorité dans les organes politiques et sa participation effective aux décisions prises par ceux-ci

Il existe un certain nombre d'arrangements institutionnels qui ont pour fonction, soit de garantir une représentation effective des minorités dans les organes du pouvoir politique, soit de permettre aux représentants des minorités d'influencer, de retarder ou de bloquer les processus décisionnels⁶⁵.

Pour illustrer la première catégorie, on peut rappeler qu'en Belgique, les deux communautés linguistiques principales (francophones et néerlandophones) sont représentées de façon paritaire au Conseil des ministres, à la Cour d'arbitrage et à la Cour de Cassation. Au Canada, existe une tradition d'alternance entre francophones et anglophones pour certains postes comme celui de gouverneur général ou de juge en chef de la Cour suprême du Canada. Le rapporteur colombien mentionne qu'il existe une circonscription spéciale au Sénat de Colombie pour les communautés indigènes et une autre à la Chambre des députés pour les groupes ethniques. En Italie, dans la province de Bolzano/Bozen, s'applique une règle de «proportionnelle ethnique» en vertu de laquelle tous les emplois étatiques, à l'exception de ceux qui dépendent des ministères de l'Intérieur et de la Défense, sont attribués proportionnellement à

64. Une difficulté particulière : comment déterminer de manière stable la composition du groupe, étant donné le libre choix d'appartenance ou de non-appartenance au groupe minoritaire (voir partie III – E., *supra*) ? Cette difficulté ne peut être contournée que par l'existence d'une composante territoriale, ce qui ne vaut cependant que pour les groupes minoritaires dont l'implantation correspond plus ou moins à un territoire donné. Sur les systèmes d'autonomie personnelle, voir : A. N. Messarra, «Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé» dans *Federalism and Decentralization. Fédéralisme et décentralisation*, Fribourg, Éditions universitaires, 1987 aux pp. 447-480; S. Pierré-Caps, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995 aux pp. 255 et s.

65. Sur cette question, voir N. Levrat, «Minorités et démocratie» (1998) *Civitas Europa* 55; F. Benoit-Rohmer, «La représentation des minorités dans les Parlements d'Europe centrale et orientale» (1993) 15 *Revue française de droit constitutionnel* 501.

la dimension des trois groupes linguistiques (germanophones, italophones et locuteurs du ladin).

Mais, là encore, l'exemple le plus frappant est celui du Liban. Au Liban, un texte de 1936 énumère les dix-huit communautés historiques reconnues (comme il a déjà été mentionné, il s'agit de communautés définies par le critère religieux, mais qui sont en réalité des groupements socio-culturels). Ces dix-huit communautés sont les véritables «acteurs» de la vie politique libanaise et se partagent l'État selon un système appelé là encore la «proportionnelle ethnique». Ainsi, par exemple, les lois électorales prévoient que les sièges parlementaires, dans chaque circonscription, sont répartis selon des quotas spécifiques aux différentes communautés présentes dans la circonscription, proportionnellement à leur importance numérique. Les ministères sont partagés de façon proportionnelle entre les communautés, ce qui a d'ailleurs entraîné le gonflement de leur nombre. Depuis 1943, une convention constitutionnelle (le «Pacte National») attribue les «trois présidences» (présidence de la République, du Conseil des ministres et de la Chambre des députés) respectivement aux Maronites, aux Sunnites et aux Chiïtes. La «communautarisation» s'étend également à l'administration publique et aux pouvoirs locaux et municipaux. Le rapport libanais souligne les dangers et les effets pervers d'un tel système. Celui-ci peut se retourner contre les communautés; ainsi, l'intrication des communautés avec les organes du pouvoir rend plus difficiles les modifications constitutionnelles : toute diminution des prérogatives attribuées, par exemple, à l'un des trois présidents, est mal acceptée par la communauté dont il est issu (les réaménagements constitutionnels remettant en cause les équilibres communautaires laborieusement mis en place). Inversement, les communautés peuvent neutraliser l'État. Les trois présidents ont fini par accaparer, plus encore en leur personne qu'en leur charge, la fonction de représentation communautaire, au détriment des institutions qu'ils président. Il y a «patrimonialisation» de la fonction publique; les postes sont considérés comme appartenant à telle ou telle communauté plutôt que comme existant dans l'intérêt général. La proportionnelle communautaire asphyxie l'État et en paralyse les institutions, favorisant ainsi le recours à l'arbitrage de pays tiers. Les communautés finissent par lutter contre l'État comme si elles n'en faisaient pas partie.

Il existe une deuxième catégorie de mécanismes, destinés cette fois à donner une meilleure prise aux minorités sur le processus décisionnel. Certaines procédures permettent à des groupes minoritaires de jouer dans le processus législatif un rôle particulier, en le bloquant, ou tout au moins en le freinant, s'il risque de se révéler défavorable pour la minorité. Citons par exemple les dispositions que contenait à une certaine époque la Constitution canadienne, prévoyant que certaines circonscriptions électorales québécoises, à forte population anglophone, ne pourraient être redécoupées qu'à la suite d'un vote de la législature québécoise adopté à une double majorité, la majorité des membres de la législature et la majorité des députés représentant les circonscriptions en cause⁶⁶. Comme déjà indiqué précédemment, un tel mécanisme de double majorité existe aussi en Belgique, dans les deux chambres du corps législatif fédéral, mais ne joue qu'en faveur des francophones et des néerlandophones, et non pas au profit des germanophones (le groupe pourtant le plus minoritaire puisqu'il ne représente que 0,7% de la population totale; les germanophones bénéficient cependant d'une large autonomie en matière culturelle et sociale). Pour l'adoption de certaines lois, il est requis une majorité des deux tiers des suffrages et, de plus, au sein de chaque groupe linguistique, français et néerlandais, une majorité de présences et une majorité de suffrages. Cette «double majorité» est conçue en vue de protéger la minorité francophone. Toujours en Belgique, le mécanisme dit de la «sonnette d'alarme» fait en sorte que les trois-quarts des membres d'un groupe linguistique, à la Chambre des députés ou au Sénat, peuvent déclarer qu'un projet de loi «est de nature à porter gravement atteinte aux relations entre les communautés»; le projet doit alors être renvoyé au Conseil des ministres, linguistiquement paritaire, qui joue un rôle d'arbitrage.

66. *Loi constitutionnelle de 1867, supra note 16, art. 80.*

Conclusion

Le rapport français affirme que le projet inauguré par la Révolution française consiste à «subsumer les identités spécifiques, communautaires ou minoritaires, dans l'identité juridique issue de la citoyenneté, dont la définition [...] s'articule autour du principe d'égalité». Faut-il en conclure que la construction d'une citoyenneté juridique unifiée est incompatible avec la reconnaissance des appartenances communautaires et minoritaires ? Par «citoyenneté», somme toute, on entend la pleine participation des individus à la vie sociale, économique et politique d'une collectivité, c'est-à-dire la reconnaissance, à leur bénéfice, et la jouissance effective, par eux, des divers droits et libertés⁶⁷. L'acquisition d'une citoyenneté complète dépasse la participation politique et résulte d'une suite de progrès vers une égalité toujours plus grande des citoyens à l'intérieur de la société; sont citoyens ceux qui sont égaux en termes de droits et de devoirs. Autrement dit, l'extension de la citoyenneté correspond à la réduction des diverses formes d'exclusion sociale, qui sont autant d'obstacles à une véritable citoyenneté générale; la recherche d'une pleine citoyenneté passe par l'extension progressive de l'égalité civique (égalité juridique, égalité politique, égalité socio-économique; égalité de droits, égalité de chances). Tant que l'élargissement des droits porte sur les droits politiques, les droits civiques et les droits sociaux et économiques, il va dans le sens de la création d'une citoyenneté commune, de plus en plus universelle, qui fait disparaître les clivages; ces droits ont une fonction intégratrice, d'inclusion sociale.

Il faut cependant élargir l'analyse pour y ajouter une quatrième dimension de la notion de citoyenneté : celle des droits culturels collectifs qui tiennent à l'identité des personnes et à leur appartenance à des groupes distinctifs, car c'est ici que se pose le problème du lien entre la citoyenneté et

67. C'est le sens donné au concept de citoyenneté par le sociologue britannique T.H. Marshall dans une conférence célèbre prononcée en 1949 à Cambridge : T.H. Marshall, «Citizenship and Social Class» dans *Class, Citizenship, and Social Development*, New York, Doubleday, 1965.

la diversité socio-culturelle⁶⁸. Les minorités réclament que leurs droits culturels soient officiellement reconnus par l'État sous la forme, par exemple, de droits linguistiques, du droit à des écoles de leur langue, de leur culture ou de leur religion, le droit à des fonds publics pour le maintien de leur patrimoine culturel. Cependant, la reconnaissance de droits culturels à des minorités peut paraître constituer une menace à l'existence d'une citoyenneté commune en entraînant la fragmentation des identités. Les droits culturels minoritaires se distinguent des autres catégories de droits en ce qu'ils peuvent engendrer des projets autonomistes, voire sécessionnistes. La dimension culturelle de la citoyenneté peut comporter une tendance à la fragmentation sociale et politique. Il n'est donc pas étonnant de constater que c'est cette dimension qui soulève actuellement le plus de difficultés dans les pays, fort nombreux, qui comptent des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. D'un côté, la reconnaissance d'une pleine citoyenneté est de plus en plus conçue comme nécessitant la reconnaissance de droits culturels; la recherche de l'égalité passe désormais par l'égalité différentielle, le pluralisme juridique et politique, le maintien des identités particulières. De l'autre côté, ce pluralisme est souvent considéré comme une menace pour l'unité nationale et l'harmonie sociale.

Cet apparent paradoxe tient à la nature complexe du principe d'égalité (qui exige que les situations semblables soient traitées semblablement et les situations dissemblables différemment) et à l'existence de différentes variantes du libéralisme. Le libéralisme individualiste considère l'individu comme essentiellement autonome et susceptible de se développer indépendamment de ses appartenances communautaires; selon ce point de vue, tous les individus doivent être traités de façon égale, ce qui exclut les droits collectifs et l'attribution de droits ou d'un statut particulier à certains groupes. Une seconde forme de libéralisme, qui tient compte de considérations communautaires, voit au contraire l'appartenance à une collectivité ethnique et linguistique comme indispensable à l'épanouissement des individus; dès lors, cette appartenance doit

68. C'est en particulier le sociologue américain Talcott Parsons qui a soulevé cette question de la réalisation de la citoyenneté dans une société caractérisée par la diversité religieuse, ethnique et raciale. Parsons propose le concept d'«inclusion», qui implique que la participation à part entière des citoyens soit compatible avec le maintien de l'identité culturelle des groupes, et en particulier des minorités. Voir : T. Parsons, *Sociological Thought and Modern Society*, New York, Free Press, 1967.

être protégée et reconnue. Ainsi, le philosophe canadien Charles Taylor affirme que la véritable égalité signifie que certains groupes ont le droit d'être reconnus dans leur différence; l'égalité des groupes justifie alors certaines entorses à l'égalité individuelle. Cette conception veut que certains citoyens soient inclus dans la communauté politique non seulement à titre d'individus mais également en tant que membres de différents groupes et qu'ainsi la citoyenneté soit définie à travers des identités multiples⁶⁹. Une citoyenneté unique et individuelle, appliquée dans un contexte de pluralisme ethnique, entraîne parfois des conséquences oppressives et injustes, parce qu'elle oblige les minoritaires à s'aligner sur le modèle hégémonique de la majorité; elle leur refuse la reconnaissance de leur identité. L'État démocratique et libéral ne peut satisfaire le besoin de reconnaissance des individus en reconnaissant uniquement l'universalité de l'identité, mais il doit le faire aussi pour les composantes communautaires de cette identité.

69. C. Taylor, «The Politics of Recognition» dans A. Gutman (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1994 à la p. 25.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT HUMANITAIRE ET DROIT D'INTERVENTION

Auteur(s) : Juanita WESTMORELAND-TRAORÉ

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 157-196

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12282>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12282>

Page vide laissée intentionnellement.

DROIT HUMAINITAIRE ET DROIT D'INTERVENTION*

par Juanita WESTMORELAND-TRAORÉ**

SOMMAIRE

1.	Le «droit d'ingérence» et le «principe de non-intervention» dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État	160
2.	La problématique relative à la définition du droit d'ingérence armée humanitaire	165
3.	Un fondement juridique au droit d'ingérence humanitaire ..	166
4.	Exercice d'un nouveau «droit d'ingérence» par le Conseil de sécurité de l'O.N.U. ou par les États membres	170
5.	Le problème de l'assistance dite «humanitaire» lors des conflits armés non internationaux	173
6.	Le consentement de l'État concerné	175
7.	Le nouveau mandat humanitaire des Forces des Nations Unies	177

*, Exposé présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002. Je remercie M^e Véronique Brouillette et le Service de recherche de la Cour du Québec pour leur importante collaboration à la préparation de ce rapport. Les opinions exprimées sont celles de l'auteure. Ce texte a été complété en mai 2002.

**, Juge à la Cour du Québec et Rapporteur national pour le Québec - Canada.

8.	Analyse de quelques cas: «l'intervention» au Libéria (1990); en Irak (1991-1992); en Bosnie-Herzégovine (1992); en Somalie (1992); au Rwanda (1994); et en Haïti (1993-1994)	
	180
8.1	Libéria (1990)	180
8.2	Irak (1991-1992)	182
8.3	Bosnie-Herzégovine (1992)	184
8.4	Somalie (1992)	185
8.5	Rwanda (1994)	188
8.6	Haïti (1993-1994)	190
9.	Quelques critères normatifs possibles pour l'intervention humanitaire de caractère unilatéral	
	192
9.1	Caractère approprié et proportionnel	192
9.2	Caractère ponctuel et temporaire	193
9.3	Caractère résiduel	194
CONCLUSION	196

«Le droit international est un droit jeune et contesté, mais c'est surtout un droit vivant».¹

Alors que le droit d'intervention, que certains préfèrent appeler le devoir d'intervention, connaît une évolution importante en droit international, il existe toujours une tension réelle entre cette nouvelle pratique et le principe fondamental de la souveraineté de l'État. Les principes de la souveraineté de l'État et d'égalité entre les États sont invoqués comme moyens de protection contre un exercice abusif du droit d'intervention. Dans la foulée d'interventions étatiques de différentes natures, les intéressés recherchent les fondements juridiques de telles interventions ainsi que les moyens d'encadrement efficaces pour prévenir leur détournement de l'objectif humanitaire.

L'histoire récente de persécution des minorités démontre clairement les répercussions des manifestations graves et systémiques de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie sur l'ordre international. La Déclaration de la Conférence mondiale contre le racisme, tenue à Durban en 2001, fait ressortir le lien qui peut exister entre ces manifestations d'intolérance et les menaces à la paix et à la sécurité mondiale:

Nous reconnaissons que les conséquences des formes contemporaines et passées du racisme, de la discrimination raciale, de la xénophobie et de l'intolérance qui y est associée sont des entraves majeures à la paix et à la sécurité mondiales, au respect de la dignité humaine et à la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'un grand nombre de personnes dans le monde, en particulier des Africains, des personnes d'ascendance africaine, des personnes d'ascendance asiatique et des peuples autochtones².

-
1. E. Decaux, *Droit international public*, Paris, Daloz, 1997 à la p. 17, cité dans W. A. Schabas, *Précis du droit international des droits de la personne, avec une attention particulière au droit du Canada et du Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 3.
 2. Déclaration, *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Durban, 31 août au 8 septembre 2001, para. 103.

1. Le «droit d'ingérence» et le «principe de non-intervention» dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État.

En droit international, c'est plutôt le principe de non-intervention qui est reconnu depuis fort longtemps. Il comporte l'obligation fondamentale des États de ne pas intervenir dans les affaires intérieures et extérieures d'un autre État et s'applique également à toute menace d'une telle intervention³. Par ailleurs, le paragraphe 2(7) de la *Charte des Nations Unies*⁴ interdit également aux Nations Unies d'intervenir «[...] dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État» sous réserve, toutefois, de l'application des mesures coercitives prévues au Chapitre VII.

À l'occasion de l'arrêt *Nicaragua c. États-Unis*, la Cour internationale de justice a d'ailleurs noté qu'il s'agissait d'un principe reconnu par la coutume internationale :

Le principe de non-intervention met en jeu le droit de tout État souverain de conduire ses affaires sans ingérence extérieure; bien que les exemples d'atteinte au principe ne soient pas rares, la Cour estime qu'il fait partie intégrante du droit international coutumier. [...] L'existence du principe de non-intervention dans l'*opinio juris* des États est bien étayée par une pratique importante et bien établie. On a pu d'ailleurs présenter ce principe comme corollaire du principe d'égalité souveraine des États⁵.

Selon la Cour, il y aura intervention illicite si deux éléments sont rencontrés :

-
3. Voir, notamment : *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. A.G. 2625 (XXV), Doc. off. A.G. N.U., 25^e session, supp. n° 28 à la p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970); Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Helsinki, 1^{er} août 1975. Adresse URL [en ligne] : <http://www.osce.org/docs/french/1990-1999/summits/helfa75f.htm>.
 4. *Charte des Nations Unies*, C.N.U.O.I., vol. 15 à la p. 365.
 5. *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, C.I.J., Document n° 58, Recueil 1986 à la p. 14 au para. 202.

- l'intervention porte sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement;
- l'intervention prend la forme de moyens de contrainte tels que la force, que celle-ci soit directe ou indirecte⁶.

Le principe de souveraineté des États constitue donc l'un des principaux fondements du principe de non-intervention. Cette souveraineté implique également certaines responsabilités, dont celle de protéger son peuple. Ainsi, même «[...] chez les plus fervents partisans de la souveraineté des États, la défense de cette souveraineté ne saurait, pour l'État, aller jusqu'à prétendre qu'il dispose d'un pouvoir illimité de faire ce qu'il veut à sa population»⁷.

En droit international public, la protection des minorités a connu des poussées sporadiques.⁸ À partir de 1649, le roi de France a proclamé son droit d'intervention au Liban pour protéger la minorité maronite. De plus, comme le soulignait déjà Vattel au milieu de XVIII^e siècle, «[t]oute puissance étrangère est en droit de soutenir un peuple opprimé qui lui demande son assistance»⁹. Avant lui, d'autres penseurs, comme Grotius et Puffendorf, avaient également soutenu que l'intervention armée était justifiée lorsqu'il s'agissait de protéger et de défendre les droits les plus fondamentaux de la personne humaine¹⁰.

Au XIX^e siècle, des traités reconnaissent un droit de regard à certaines puissances européennes sur la situation des minorités dans l'empire ottoman. Ces textes pouvaient couvrir des visées expansionnistes. Toutefois, le Traité de Versailles, en 1919, marque le début d'un régime de protection des minorités en Europe caractérisé par la protection des droits des membres des minorités

6. *Ibid.*

7. COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS, «La responsabilité de protéger», Rapport, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001 à la p. 9 (para. 1.35).

8. Schabas, *supra* note 1 aux pp. 9-38.

9. E. De Vattel, *Le code diplomatique de l'Europe*, à la p. 279.

10. G. Kervarec, «L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au principe de non-intervention», *Thémis*, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, mars 2000. Adresse URL [en ligne] : <http://www.lexum.umontreal.ca/themis/98vol32n1/kervarec.html>.

ethniques, linguistiques et religieuses, la protection des droits des travailleurs, la reconnaissance du statut de réfugié et la création d'une justice pénale internationale pour réprimer les crimes de guerre. De plus, après la première guerre mondiale, plusieurs traités prévoyant la protection des minorités en Europe de l'Est ont été ratifiés; l'importance de ces traités réside surtout dans l'établissement d'un mécanisme de recours pour les membres de ces minorités devant les instances de la Société des Nations. Si ce régime a été de courte durée, il a néanmoins constitué un précédent pour les dispositions de la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes qui constituent la Charte internationale des droits de la personne¹¹.

Certaines grandes puissances ne se gênaient d'ailleurs pas pour intervenir militairement par considérations humanitaires, telles que la protection des minorités et, quelques fois, dans le but non avoué de faire avancer des projets colonialistes ou néocolonialistes¹². Il s'agissait, la plupart du temps, d'interventions unilatérales issues d'initiatives individuelles.

Ce n'est réellement qu'en 1987 que l'expression «droit d'ingérence» fera son apparition sous la plume de Bettati¹³ et Kouchner¹⁴. Ceux-ci voulaient s'opposer à «[...] la théorie archaïque de la souveraineté des États, sacralisée en protection des massacres»¹⁵.

11. Cette Charte internationale est pertinente à notre discussion en autant qu'elle constitue une reconnaissance universelle de la nature et de l'étendue des droits de la personne, y compris les personnes appartenant à des minorités. S'il existe des controverses marquées sur l'interprétation et l'application de cette Charte, il y a tout au moins une reconnaissance de l'existence de ces droits. Les débats, lors de la dernière Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et d'autres formes d'intolérance qui y sont associées, illustrent bien cette réalité.

12. Schabas, *supra* note 1 aux pp. 9-10.

13. M. Bettati, professeur de droit international public à l'Université Paris II.

14. B. Kouchner, homme politique français, l'un des fondateurs de *Médecins sans frontières*.

15. O. Corten, «Les ambiguïtés du droit d'ingérence humanitaire», *Le Courrier de l'Unesco*, Juin 1999 dans Association Internet pour la défense et la promotion des droits de l'homme, Le Forum des droits de l'homme, p. 1. Adresse URL [en ligne] : http://www.droitshumains.org/Forum/Ethique_01.htm.

L'assistance humanitaire constituerait à la fois un droit et un devoir. Dans les situations où une intervention est possible, ne pas mourir et avoir la vie sauve est un droit naturel inhérent à chaque être humain¹⁶.

Deux principes sont donc en conflit : celui du devoir d'intervenir dans le but de sauvegarder les droits fondamentaux de la personne humaine et celui de respecter le principe de non-ingérence qui découle des principes de souveraineté des États et de leur égalité souveraine. Cet important dilemme a ainsi été formulé par M. Kofi Annan, le secrétaire général des Nations Unies, dans le rapport du Millénaire qu'il a présenté à l'Assemblée générale :

[...] si l'intervention humanitaire constitue effectivement une atteinte inadmissible à la souveraineté, comment devons-nous réagir face à des situations comme celles dont nous avons été témoins au Rwanda ou à Srebrenica et devant des violations flagrantes, massives et systématiques des droits de l'homme, qui vont à l'encontre de tous les principes sur lesquels est fondée notre condition d'êtres humains?¹⁷

De la même manière, pour plusieurs, la multiplication des interventions depuis la fin de la guerre froide témoigne d'une prise de conscience qui s'est finalement manifestée au niveau international, alors que pour d'autres, il s'agit d'un phénomène menaçant l'ordre international fondé sur la souveraineté des États et l'inviolabilité de leur territoire¹⁸. Loin d'être purement académique, cette opposition vient d'être rappelée dans une décision récente de la Cour internationale de justice.

Dans sa décision du 14 février 2002 relative au mandat d'arrêt international émis par un tribunal belge contre le ministre des affaires extérieures de la République démocratique du Congo, la CIJ a reconnu, en vertu des règles de droit international coutumier, le droit à l'immunité juridictionnelle d'un ministre d'affaires extérieures en exercice. Selon la majorité, cette immunité existe malgré les nombreuses conventions internationales qui imposent aux États le droit et le devoir d'étendre leur juridiction nationale afin de réprimer et de

16. G. Kervarec, *supra* note 10.

17. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 5.

18. *Id.* à la p. VII.

punir les crimes sérieux. Selon la Cour, ces textes n'affectent pas le droit coutumier accordant l'immunité aux ministres des affaires extérieures, pendant leur terme d'office, car l'immunité est destinée à permettre aux États de poursuivre les relations internationales¹⁹. Par contre, dans une opinion dissidente, la juge Van den Wyngaert pose clairement le conflit entre le respect des attributs classiques de la souveraineté et le besoin de renforcer la protection des droits en respectant le nouveau principe de compétence universelle pour éviter que les personnes soupçonnées de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ne trouvent d'abris. Elle exprime le regret que la Cour n'ait pas fondé sa décision sur ce principe; selon cette juge,

the case was about how far States can or must go when implementing modern international criminal law. It was about the question [of] what international law requires or allows States to do as 'agents' of the international community when they are confronted with complaints of victims of such crimes, given the fact that [an] international criminal court will not be able to judge all international crimes. It was about balancing two divergent interests in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities.²⁰

En réponse à l'argument d'abus ou du chaos qui résulterait des poursuites non justifiées, la juge affirme que cet argument n'a pas été soulevé devant la Cour, une telle allégation étant de toute évidence non fondée. Malheureusement, la juge n'a pas saisi cette occasion pour motiver sa position sur la faiblesse des arguments fondés sur la stabilité et le bon ordre dans les

19. La Cour a pris le soin de déclarer qu'il faut distinguer la question de compétence juridictionnelle nationale de la question d'immunité. L'immunité des ministres des affaires extérieures en office ne veut pas dire l'impunité; l'immunité est limitée. Notamment, elle peut être levée si le ministre est poursuivi devant les tribunaux de son pays, si l'État renonce à l'immunité, si le ministre ne bénéficie pas de l'immunité après son terme d'office, ou si le ministre est traduit devant un tribunal international ayant la compétence requise.

20. Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of Congo c. Belgium*). Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert, para. 5. www.icj-cij.org/iccjwww/ldocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214_vdwynngaert.PDF.

relations «interétatiques». La juge Van den Wyngaert évite d'approfondir cet aspect en se fondant sur la possibilité pour la Cour d'émettre un avertissement contre de tels abus.

2. La problématique relative à la définition du droit d'ingérence armée humanitaire.

Il n'existe pas de définition précise du «droit d'ingérence».²¹ On lui donne parfois une définition *a contrario* en l'opposant à une conception restrictive et rigoriste de la souveraineté des États. Selon Bettati, la notion de «droit d'ingérence» est chargée d'une certaine subjectivité qui est toutefois atténuée lorsqu'on lui ajoute le qualificatif d'«humanitaire» :

Quant à l'expression «droit d'ingérence», sans davantage de précision, elle est dépourvue de tout contenu juridique. Elle n'en acquiert un que si elle est assortie de l'adjectif «humanitaire». Ce dernier, par la finalité qu'il assigne à l'intervention, la prive de l'illicéité dont elle est universellement attachée [...]. Le juriste y préférera l'expression «droit d'assistance humanitaire» davantage finalisée et moins chargée de cette subjective et implicite confrontation, au demeurant erronée, avec les normes de l'anticolonialisme que sont les principes de «non-intervention» et de «non-ingérence»²².

De plus, il ne fait aucun doute que l'expression «droit d'ingérence armée humanitaire» comporte une certaine consonance négative et fait d'ailleurs l'objet de débats depuis de nombreuses années. Yves Sandoz, Directeur du droit international et de la Communication du Comité international de la Croix-Rouge, soulignait que :

L'expression «droit d'ingérence» a hanté les débats sur l'action humanitaire depuis de nombreuses années. Elle est pourtant bien étrange, puisqu'elle réunit deux concepts antinomiques: littéralement «le droit d'ingérence» signifie le droit de faire ce que l'on n'a pas le droit de faire. Même le juriste pourrait cependant lui

21. O. Corten, *supra* note 15 à la p. 2.

22. M. Bettati, «Un droit d'ingérence ?» (1991) R.G.D.I.P. 639 à la p. 644.

trouver une explication dans la notion «d'état de nécessité», situation exceptionnelle dans laquelle le droit tolère que l'on viole ses propres règles²³.

La notion d'«intervention» pose, elle aussi, problème en raison notamment de l'étendue de la gamme des activités qu'elle peut couvrir. L'expression «intervention humanitaire», quant à elle, est l'objet d'une certaine controverse. On peut taxer ceux et celles qui utilisent cette expression de vouloir se servir d'euphémisme dans le but de couvrir la véritable nature de l'opération. Bien qu'employée depuis longtemps et largement utilisée, cette expression reçoit une très forte opposition de la part d'organismes et d'agences humanitaires. Selon eux, cette militarisation du terme «humanitaire» est une abomination et ce, quelles que soient les motivations de ceux qui entreprennent l'intervention²⁴.

Comme nous le verrons plus loin, certains ont profité d'une évolution plus large du discours et de la «reconceptualisation» des enjeux pour parler plutôt du concept de la «responsabilité de protéger». Sans qu'il s'agisse d'une nouvelle appellation d'un même phénomène, il s'agit à tout le moins d'une nouvelle approche de la problématique²⁵. En effet, devant les difficultés de l'exercice pratique du nouveau droit d'intervenir ou de protéger, cette évolution met l'accent sur la prévention comme la meilleure forme de protection.

3. Un fondement juridique au droit d'ingérence humanitaire.

En vertu du droit international public, les États ont l'obligation de réagir aux violations des droits fondamentaux de la personne. L'article premier de la *Charte des Nations Unies* prévoit, par exemple, que les États doivent réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre humanitaire ainsi qu'en développant et en encourageant le respect des droits de

23. Y. Sandoz, «Existe-t-il un droit d'ingérence médiatique?», Colloque L'ONU ET LES JOURNALISTES organisé par l'Association française pour les Nations Unies, Paris, 16 octobre 1999. Adresse URL [en ligne] : <http://www.icrc.org/icrcfre.nsf/a311dd822130b194c125670600391e90/56add04dd4e2bac1412568a30046c2ab?OpenDocument>.

24. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 10.

25. *Ibid.*

la personne et des libertés fondamentales. L'article 55 de la Charte prévoit, pour sa part, que les Nations Unies doivent favoriser le respect universel et effectif de ces droits et libertés. Le nouveau système issu de la deuxième guerre mondiale était destiné à prévenir la guerre, à résoudre les conflits et à bâtir un nouveau monde de coopération et de paix fondé sur le respect des droits.

Encore plus convaincant, selon nous, est l'article premier (commun) des *Conventions de Genève*. Cette disposition prévoit que les États parties s'engagent à *respecter et à faire respecter* les conventions en toutes circonstances. En plus de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à leurs obligations internationales, les États doivent veiller également à ce que les autres parties contractantes respectent les leurs. Rappelons que cette disposition s'applique également à l'article 3 commun des conventions, lequel s'applique aux conflits armés non internationaux.

Yves Sandoz a également souligné les obligations suivantes des parties au conflit :

- 1) les parties au conflit n'ont pas le droit d'affamer la population de la partie adverse et doivent, comme tous les États, laisser passer l'assistance internationale à destination de cette population quand une telle assistance se révèle indispensable;
- 2) les parties aux conflits ont l'obligation de fournir aux populations qui se trouvent sur le territoire qu'elles contrôlent - y compris donc leur propre population - des vivres, médicaments et autres biens essentiels à la survie de cette population qui viendraient à manquer;
- 3) Au cas où elles sont incapables d'assurer la fourniture de ces biens essentiels aux populations qui en manquent, les parties au conflit doivent accepter des actions d'assistance internationale à destination des territoires qu'elles contrôlent, y compris leur propre territoire²⁶.

26. Y. Sandoz, «Limites et conditions du droit d'intervention humanitaire. Droit d'intervention et droit international dans le domaine humanitaire. Vers une nouvelle conception de la souveraineté nationale», Audition publique de la Commission des Affaires étrangères et de la Sécurité de Parlement européen sur le droit d'intervention humanitaire, Bruxelles, 25 janvier 1994. Adresse URL [en ligne] : <http://www.icrc.org/icrcfre.nsf/6dc683e716df6159412562c900328ef8/3271b67e60efacd1c125641e003b51ce?OpenDocument>.

Certains auteurs soutiennent aussi que l'intervention unilatérale pour protéger la vie des nationaux à l'étranger est admise²⁷. À l'appui de cette théorie, on a avancé l'argument voulant que l'intervention armée destinée à préserver la vie de nationaux à l'étranger ne pouvait être envisagée comme une violation de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance politique d'un État dans la mesure, bien entendu, où l'intervention est limitée à ce seul but. On a également soutenu que le droit à la légitime défense, tel que prévu à l'article 51 de la *Charte des Nations Unies*, englobait la protection des nationaux à l'étranger. Notons que tous ne sont pas d'accord sur le bien-fondé de cette théorie²⁸.

D'autres auteurs ont soutenu que puisque les droits de la personne bénéficient maintenant de la protection internationale, ils cessent de faire partie de la compétence des États. Cela aurait pour conséquence d'éliminer le champ d'application du paragraphe 2(7) de la Charte des Nations Unies qui prévoit le principe de non-intervention²⁹. Bien que cette thèse soit toujours débattue, elle a le mérite de reconnaître la compétence étatique et le devoir de l'État d'agir dans toutes les sphères de sa compétence pour reconnaître, protéger et sanctionner efficacement les droits de la personne. Au mieux, il peut s'agir de compétence partagée ou complémentaire.

Le droit d'ingérence humanitaire pourrait également, selon nous, trouver sa justification dans le respect des normes de *jus cogens* telles l'interdiction du génocide³⁰. Puisque ces normes sont de nature impérative et qu'aucun État n'est en droit d'y déroger, leur violation devrait nécessairement légitimer une intervention destinée à y mettre fin. D'ailleurs, le professeur Arbour conclut que la violation grave et systématique des droits de la personne par un État constitue une menace objective à la paix internationale et justifie de ce fait l'intervention

-
27. J.-M. Arbour, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 563; Oppenheim, *International Law*, New York, Éd. Mac Kay, 8^e éd., 1955, vol. 1 à la p. 306; voir également le *dictum* de l'arbitre M. Huber dans sa sentence du 1^{er} mai 1925 : *Affaires des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, R.S.A., vol. II, p. 615 à la p. 641.
28. J.-M. Arbour, *supra* note 27 aux pp. 565-566.
29. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989 à la p. 75.
30. J.-M. Arbour, *supra* note 27 aux pp. 35-36.

humanitaire assistée, au besoin, par un soutien militaire.³¹ Toutefois, devant l'interdiction de l'agression armée, les questions de l'autorisation préalable et de mise en oeuvre de cette intervention demeurent entières, la pratique voulant que l'intervention soit opérée soit directement sous l'autorité du Conseil de sécurité, soit par une délégation d'autorité par celui-ci à une force de commandement international.

D'autres impératifs juridiques sont, de même, énoncés dans les déclarations, pactes et traités relatifs aux droits de la personne, au droit international humanitaire (Conventions de La Haye, Conventions de Genève et protocoles) et même de droit interne.

Encore aujourd'hui, ces objectifs ont une forte résonance au sein des sociétés civiles, des organismes non gouvernementaux et des institutions représentatives des minorités. La Déclaration de la Conférence de Durban inclut la recommandation

...que le Département des opérations de maintien de la paix du Secrétariat et d'autres agences, organes et programmes concernés des Nations Unies renforcent leur coordination afin de déceler les formes des violations graves des droits humains et du droit humanitaire dans le but d'évaluer les risques de détérioration accrus pouvant engendrer le génocide, les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité.³²

Quant à prétendre que ce droit d'ingérence humanitaire puisse être reconnu comme une norme coutumière³³, bien du chemin reste à être parcouru. En effet, bien qu'il y ait une pratique croissante des États, des organismes régionaux et du Conseil de sécurité lui-même à cet égard³⁴, la manifestation de

31. *Ibid.* à la p. 601.

32. Déclaration, Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et autres formes d'intolérance, Durban, 31 août au 8 septembre 2001, A/Conf.189/12, para. 153; des recommandations analogues sont adressées à l'Organisation mondiale de la santé au para. 154, à l'Organisation internationale du Travail au para. 155 et à l'UNESCO au para. 156.

33. *Statut de la Cour internationale de justice*, art. 38. Voir également : W.A. Schabas, *supra* note 8 aux pp. 27 et s.

34. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. XI.

leur volonté d'être liés par la règle ne s'est pas encore fait sentir clairement. En fait, cette volonté d'être liés par la règle signifierait une certaine brèche au caractère absolu de leur souveraineté et nous croyons que peu d'États sont disposés à y consentir pour l'instant.

Pour le gouvernement canadien, les situations exigeant une intervention militaire doivent être traitées conformément à la *Charte des Nations Unies*. L'ONU est ainsi «[...] en droit d'employer la force en vertu, d'une part, de l'autorité prééminente que lui confère sa représentativité à l'échelle mondiale et, d'autre part, de sa Charte [...]»³⁵. L'article 24 de la Charte octroie d'ailleurs au Conseil de sécurité la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales; dans les cas d'impasse, la Cour internationale de justice a reconnu le rôle subsidiaire de l'Assemblée générale.³⁶

4. Exercice d'un nouveau «droit d'ingérence» par le Conseil de sécurité de l'O.N.U. ou par les États membres.

Il y a certes eu, depuis la guerre froide, une évolution dans les interventions dites humanitaires. Un clivage existe toutefois au sein de la communauté internationale sur les bienfaits de ce changement :

Pour certains, ces nouvelles interventions annoncent un monde nouveau où les droits de l'homme passent avant la souveraineté des États; pour d'autres, elles ouvrent la voie à un monde où les grandes puissances piétinent allègrement les plus faibles, manipulant le discours de l'humanitarisme et des droits de l'homme³⁷.

Ce qui est cependant encore plus fondamental, c'est que les avis sont aussi partagés quant à l'existence même d'un droit d'intervention humanitaire

35. DÉFENSE NATIONALE DU CANADA, *Livre blanc sur la défense*, Chapitre 6 «Contribution à la sécurité internationale», 1994. Adresse URL [en ligne] : http://www.dnd.ca/admpol/pol_docs/94wp/ch_six.html ou www.forces.gc.ca/site/Minister/fr/94wpaper/six_f.html.

36. *Avis relatif à Certaines dépenses des Nations Unies*, 20 juillet 1962, Recueil 1962 à la p. 151.

37. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7, para. 1.5.

et ceux qui en sont partisans ne s'entendent pas entre eux sur les modalités d'exercice d'un tel droit³⁸.

Si l'après-guerre froide a été témoin d'une certaine transformation des interventions, les événements qui se sont déroulés au début des années '90 ont aussi suscité plusieurs réflexions. Les cas du Rwanda, du Kosovo, de la Bosnie et de la Somalie ont tous eu, en effet, de «[...] profondes répercussions sur la manière dont le problème de l'intervention est perçu, analysé et défini»³⁹.

C'est ainsi que le secrétaire général a lancé, en 1999 et ensuite en 2000, des appels invitant la communauté internationale à parvenir à un consensus sur les différents problèmes concernant l'intervention sur la scène internationale. En réponse à cette invitation, et suite à l'initiative du Canada⁴⁰, la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États était créée en septembre 2000. Les douze membres de la Commission, originaires des différents continents, ont déposé leur rapport en décembre 2001. La conclusion névralgique du rapport est que :

Les États souverains ont la responsabilité de protéger leurs propres citoyens contre les catastrophes qu'il est possible de prévenir – meurtres à grande échelle, viols systématiques, famine. S'ils ne sont pas disposés à le faire ou n'en sont pas capables, cette responsabilité doit être assumée par l'ensemble de la communauté des États⁴¹.

Cette «responsabilité de protéger» s'appliquerait aux conséquences d'une guerre civile, d'une insurrection, de la répression exercée par l'État ou encore de l'échec de ses politiques⁴². La protection accordée aux victimes ne serait donc plus envisagée selon le type de conflit en cause, comme c'est le cas

38. *Ibid.* à la p. VII.

39. *Ibid.* à la p. 1, para. 1.4.

40. Lloyd Axworthy, un ancien ministre des Affaires extérieures et du commerce international, s'est largement impliqué dans la mobilisation des ressources pour la mise sur pied de la Commission.

41. *Supra* note 7 à la p. VIII.

42. *Ibid.* à la p. XI.

avec les Conventions de Genève et ses protocoles, et s'étendrait même aux situations strictement internes⁴³.

De plus, l'absence de consentement de l'État concerné ne serait plus un obstacle puisque, selon cette Commission, la responsabilité internationale de protéger doit prendre le pas sur le principe de non-intervention⁴⁴. L'intervention militaire ne serait cependant justifiée que lorsque chaque option de prévention ou de règlement pacifique du différend aurait été explorée⁴⁵.

Cette responsabilité comporte trois obligations spécifiques : celle de prévenir, celle de réagir et celle de reconstruire⁴⁶.

Bref, cette vision émergente autorise l'intervention, même militaire dans des cas extrêmes, à des fins de protection humaine lorsque les deux conditions suivantes sont présentes :

- des civils sont en grand péril ou risquent de l'être à tout moment : pertes considérables de vies humaines ou nettoyage ethnique à grande échelle;
- l'État concerné ne peut pas ou ne veut pas mettre fin au péril ou en est lui-même l'auteur⁴⁷.

Sont aussi compris dans la première condition l'assassinat systématique des membres d'un groupe particulier et leur déplacement ou expulsion physique systématique; les actes de terreur; le viol systématique de femmes appartenant à un groupe particulier; les autres crimes contre l'humanité; les violations du droit de la guerre; les cas d'effondrement d'un État laissant la population massivement exposée à la famine ou à la guerre civile; ainsi que les catastrophes naturelles ou écologiques extraordinaires⁴⁸.

43. *Ibid.* à la p. 16

44. *Ibid.* à la p. XI.

45. *Ibid.* à la p. XII.

46. *Ibid.* à la p. XI.

47. *Ibid.* à la p. 16.

48. *Ibid.* aux pp. 37-38.

Comme nous pouvons le constater, ce sont toutes des situations attentatoires à la conscience, des cas de violations graves, massives et systématiques qui appellent une intervention extérieure.

5. Le problème de l'assistance dite «humanitaire» lors des conflits armés non internationaux.

Le problème principal de l'assistance humanitaire, lors des conflits armés non internationaux, provient du fait que les Conventions de Genève, hormis l'article 3 commun ainsi que le Protocole I, ne sont pas applicables lorsque le conflit n'est pas d'ampleur internationale. Seuls le Protocole II et l'article 3 commun aux conventions trouvent application à l'occasion des conflits armés non internationaux, mais la protection qui y est accordée aux victimes est beaucoup moins étendue.

De plus, aucune disposition du Protocole II ne prévoit, à l'instar de l'article 70(1) du Protocole I, que les offres de secours, remplissant certaines conditions, ne pourront être considérées comme une ingérence dans le conflit ni comme un acte hostile. L'article 3 du Protocole II réaffirme, au contraire, le principe de non-intervention :

Article 3 - Non-intervention

1. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un État ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes.⁴⁹

2. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée comme une justification d'une intervention directe ou indirecte, pour quelque raison que ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle ce conflit se produit.

49. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, Protocole II, 8 juin 1977.

La marge de manœuvre est donc beaucoup plus étroite, voire nulle, en cas de violation des droits de la personne dans le cadre d'un conflit armé non international. Le paragraphe 1(2) du Protocole II restreint encore davantage le champ d'application des dispositions en prévoyant que le Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, tels les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues.

Interprétant l'arrêt *Nicaragua*⁵⁰ de la Cour internationale de justice, le professeur Arbour soutient toutefois que la fourniture de secours humanitaires par un État à un autre État dont la population est déchirée par une guerre civile «[...] ne saurait être considérée comme une intervention illicite [...]»⁵¹. Selon cette interprétation, l'intervention est permise à condition d'être strictement humanitaire et non partisane.

Enfin, selon Frédéric Sudre, le droit international des droits de la personne devrait échapper au champ d'application du principe de non-intervention en raison du fait que le domaine des droits humains tend à abolir la distinction entre ordre interne et ordre international⁵².

L'importance de trouver une solution à cette lacune du droit international humanitaire provient, entre autre, du fait que les conflits sont de plus en plus de nature «intra-étatique», donc internes. La position du gouvernement du Canada en la matière est que la communauté internationale doit «[...] créer les structures élémentaires de la paix et de la sécurité, et assumer des responsabilités qui relevaient autrefois des affaires intérieures des États en cause»⁵³. Dans son Livre blanc de 1994, la Défense nationale soulignait d'ailleurs que :

Les opérations les plus ambitieuses entreprises ces derniers temps ont pris la forme d'interventions sous une égide multilatérale visant à faire respecter la volonté de la communauté internationale non seulement

50. *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 5.

51. J.-M. Arbour, *supra* note 27 à la p. 595.

52. F. Sudre, *supra* note 29.

53. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

dans le contexte de guerres entre États, mais de conflits à l'intérieur de certains États⁵⁴.

Pour la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, comme nous l'avons vu dans la section précédente, cette distinction entre conflit international et conflit interne serait supprimée et la protection des civils en serait avantageusement accrue. Rappelons d'ailleurs que le Conseil de sécurité tend, depuis quelques années déjà, à considérer des situations purement internes comme des menaces à la paix et à la sécurité internationales.

Tel fut le cas en 1992. L'adoption unanime de la résolution 794 par le Conseil de sécurité, en décembre 1992, créant une force d'intervention militaire en Somalie pour assurer l'acheminement des secours et la sécurité du personnel, a marqué un tournant important dans la reconnaissance du droit d'intervention de l'ONU. Les membres du Conseil, ayant constaté l'échec des tentatives de secours effectuées par les casques bleus, déclarent que la guerre civile et l'impasse dans l'acheminement de l'assistance humanitaire aux populations civiles constituent une menace à la paix et à la sécurité internationales, justifiant le recours au chapitre VII de la Charte.

6. Le consentement de l'État concerné.

Le par. 18(2) du Protocole II aux Conventions de Genève, qui s'applique aux conflits armés non internationaux, stipule de façon non équivoque que le consentement de l'État est nécessaire aux actions de secours :

Article 18

[...]

(2) Lorsque la population civile souffre de privations excessives par manque des approvisionnements essentiels à sa survie, tels que vivres et ravitaillements sanitaires, des actions de secours en faveur de la population civile, de caractère exclusivement humanitaire et impartial et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable, seront entreprises avec le consentement de la Haute Partie contractante concernée.

54. *Ibid.*

La situation est cependant quelque peu différente lorsqu'il s'agit d'un conflit armé à caractère international. En effet, le paragraphe 70(1) du Protocole I prévoit que les offres de secours, remplissant certaines conditions énumérées dans la disposition, ne seront considérées ni comme ingérences dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles. Si, toutefois, les conditions prévues ne sont pas respectées, l'action de secours sera considérée comme une ingérence à défaut de consentement de l'État concerné.

Enfin, mentionnons que, pour décider de participer à une opération de maintien de la paix, le Canada considère plusieurs facteurs, dont celui concernant le consentement par les parties au conflit de la présence d'une telle opération ainsi que de la participation du personnel canadien à cette opération⁵⁵. Ceci dit, le Canada reconnaît aussi que, lorsque le but visé est la promotion de la sécurité humaine, il peut être nécessaire d'intervenir dans un conflit «[...] pour imposer une paix juste et équitable et éviter des souffrances humaines»⁵⁶. Dans un tel cas, le Canada ne considère pas que le consentement des parties au conflit est nécessaire.

C'est également la conclusion de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États qui autoriserait l'intervention, à certaines conditions, lorsque l'État fait défaut d'agir ou s'il est lui-même l'auteur des violations⁵⁷.

55. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, «Acteurs et intervenants», mise à jour le 31 janvier 2002. Adresse URL [en ligne] : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/peacekeeping/actors-f.asp>.

56. *Ibid.*

57. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 16.

7. Le nouveau mandat humanitaire des Forces des Nations Unies.

Rappelons, d'entrée de jeu, que les Nations Unies ne possèdent pas d'armée et qu'aucune force permanente n'a, à ce jour, été créée. Le gouvernement canadien croit, d'ailleurs, que la constitution d'une telle force permanente constituerait probablement une solution au problème «[...] auquel se heurte l'ONU depuis longtemps lorsqu'elle décide de lever des troupes immédiatement»⁵⁸.

Pour l'instant, toutefois, les Nations Unies dépendent plutôt de la volonté des États membres tout en possédant, cependant, le pouvoir d'ordonner des missions de rétablissement de la paix dont le personnel sera fourni par ces mêmes États, conformément au Chapitre VII de la Charte⁵⁹.

Dès ses débuts, l'ONU déployait déjà certaines missions d'observation. Ce n'est toutefois qu'au milieu des années '50, dans le cadre du conflit opposant l'Égypte et Israël, que le concept de «maintien de la paix» fera véritablement son apparition⁶⁰.

Dans son rapport de 1992 au Conseil de sécurité, *Un Agenda pour la paix*, le secrétaire général de l'ONU de l'époque, Boutros Boutros-Ghali, a proposé la définition suivante du concept de «maintien de la paix» :

Le maintien de la paix consiste à établir une présence des Nations Unies sur le terrain, ce qui n'a jusqu'à présent été fait qu'avec l'assentiment de toutes les parties concernées, et s'est normalement traduit par un déploiement d'effectifs militaires et/ou de police des Nations Unies ainsi que, dans bien des cas, de personnel civil. Cette

58. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

59. MAECI, «Acteurs et intervenants», *supra* note 55.

60. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, «Le Canada et les opérations de soutien de la paix», mise à jour le 31 janvier 2002. Adresse URL [en ligne] : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/peacekeeping/menu-f.asp>.

technique élargit les possibilités de prévention des conflits aussi bien que de rétablissement de la paix⁶¹.

Jusqu'à récemment, les opérations de maintien de la paix étaient, la plupart du temps, purement militaires. Les soldats déployés étaient surtout utilisés comme force d'interposition entre des États hostiles. Ils étaient souvent appelés à observer l'application d'un traité de paix. On leur demandait ainsi de superviser un cessez-le-feu ou le retrait des forces d'un État ou encore de patrouiller à proximité des frontières contestées⁶².

Depuis la fin de la guerre froide, les opérations de maintien de la paix ont dû s'adapter à de nouvelles réalités en raison, notamment, du fait que ce sont les populations civiles qui sont aujourd'hui les principales cibles des conflits⁶³ et que les conflits «intra-étatiques» sont devenus un problème d'une ampleur beaucoup plus grande que les guerres classiques entre États⁶⁴.

Cette nature plus «interne» des conflits a, par ailleurs, conduit les casques bleus à faire un plus grand usage de la force, le consentement de l'État concerné faisant souvent défaut. Les forces de l'ONU ont ainsi dû faire usage de force pour permettre l'acheminement de secours humanitaires, pour restaurer la démocratie ou encore pour assurer la protection des populations civiles⁶⁵.

La nature des opérations des Nations Unies a donc considérablement changé ces dernières années. La gamme d'activités s'est élargie et couvre maintenant l'ensemble des opérations militaires, telles que les déploiements

61. B. Boutros-Ghali, «Un Agenda pour la paix», 1992 dans MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, «Le cycle de conflit», mise à jour le 31 janvier 2002. Adresse URL [en ligne] : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/peacekeeping/conflict-f.asp>.

62. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61; MAECI, «Le Canada et les opérations de soutien de la paix», *supra* note 60.

63. MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, «Opérations de soutien de la paix». Adresse URL [en ligne] : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreignp/HumanSecurity/pso-f.asp> (date d'accès : 27 mars 2002).

64. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61.

65. A. Legault, I. Desmartis et J. Fournier, «L'évolution des missions de paix depuis 1898» dans C. Emmanuelli, dir., *Les casques bleus : policiers ou combattants?*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 à la p. 6.

préventifs et les actions d'imposition de la paix, comme ce fut le cas pendant la guerre du Golfe⁶⁶. Au Cambodge par exemple, les Nations Unies ont été chargées de désarmer les factions belligérantes, de rapatrier les réfugiés, d'assurer le respect des droits de la personne, de superviser d'importants ministères du gouvernement national et d'organiser des élections. Des missions, ayant le mandat d'assurer la distribution de secours d'urgence ou encore de surveiller et de former les forces de police locale, ont également été déployées⁶⁷.

Les opérations de soutien de la paix sont également plus fréquentes et reposent sur des mandats plus larges. Le personnel embauché dans le cadre des missions est plus varié et est appelé à intervenir dans des conflits où les enjeux sont plus complexes⁶⁸. En effet, les militaires coopèrent aujourd'hui avec maints experts tels que des policiers, des administrateurs, des juges et des procureurs ainsi que des conseillers spécialisés autant en matière de médias que de santé ou de politique sociale⁶⁹. C'est ainsi que des organismes, tels la Gendarmerie royale du Canada, Élections Canada et le Service correctionnel du Canada, ont été mis à contribution dans le cadre de certaines opérations⁷⁰.

Cette évolution des opérations a connu certains succès, tels la mission de soutien à la transition de la Namibie vers l'indépendance; par contre, des échecs horribles ont également été enregistrés partiellement en Somalie, mais surtout en ex-Yougoslavie et au Rwanda⁷¹. L'analyse de ces dernières missions révèle les faiblesses et les limites à ces interventions. Minées parfois par un soutien politique mitigé, des ressources insuffisantes, des difficultés de coordination, ainsi que les difficultés inhérentes à la nature de l'intervention humanitaire, les opérations étaient piégées et, ceci, malgré l'héroïsme des membres de la mission.

66. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

67. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61.

68. MAECI, «Acteurs et intervenants», *supra* note 59; MAECI, «Le Canada et les opérations de soutien de la paix», *supra* note 60.

69. MAECI, «Le Canada et les opérations de soutien de la paix», *supra* note 60.

70. *Ibid.*

71. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

Selon le gouvernement canadien, un «[...] des défis de l'heure consiste à augmenter la capacité de l'ONU de déployer des troupes rapidement et efficacement pour les nouvelles missions de maintien de la paix»⁷². À cette fin, le Canada a présenté, en septembre 1995, une étude intitulée «Les opérations de paix de l'ONU : Vers une capacité de réaction rapide». Le Secrétariat des Nations Unies a adopté la plupart des recommandations du rapport, mais le Canada continue de préconiser les deux recommandations qui n'ont pas été retenues. Ces recommandations concernent l'état-major de missions à déploiement rapide et la force d'avant-garde⁷³.

Le gouvernement canadien croit également en l'importance de déploiements préventifs. Dans son Livre blanc sur la défense de 1994, la Défense nationale du Canada précise ainsi l'objectif de tels déploiements et l'importance qu'ils représentent :

Les déploiements préventifs ont pour objectif de désamorcer une situation tendue entre des parties sur le point d'entrer en conflit, d'accroître leur degré de confiance mutuelle et d'éviter que des incidents sans importance ne dégénèrent, accidentellement, en conflit généralisé. Le gouvernement considère ce genre de déploiement comme fort utile, dans le cadre d'une stratégie diplomatique plus globale visant à résoudre un conflit par la voie pacifique et à prévenir le déclenchement d'hostilités⁷⁴.

8. Analyse de quelques cas: «l'intervention» au Libéria (1990); en Irak (1991-1992); en Bosnie-Herzégovine (1992); en Somalie (1992); au Rwanda (1994); et en Haïti (1993-1994).

8.1 Libéria (1990)

Un fait intéressant à noter dans ce dossier est l'absence d'autorisation du Conseil de sécurité lorsque le Comité responsable de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a décidé de mettre sur

72. MAECI, «Acteurs et intervenants», *supra* note 55.

73. *Ibid.*

74. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

pied la force d'interposition ECOMOG. Le Chapitre VIII de la *Charte des Nations Unies* reconnaît effectivement l'existence des organisations régionales et «sous-régionales» et leur rôle en matière de sécurité, mais il stipule qu'«aucune action coercitive ne sera entreprise [...] sans l'autorisation du Conseil de sécurité».

Le Conseil de sécurité a toutefois adopté ultérieurement deux résolutions concernant la crise au Libéria, résolutions qui peuvent être considérées comme une approbation rétroactive de l'intervention⁷⁵. Tout d'abord, par sa résolution 788, le Conseil de sécurité statuait que la détérioration de la situation au Libéria constituait une menace à la paix et à la sécurité internationales, demandait un embargo complet des armes contre le pays et autorisait la CEDEAO à permettre la mise en application des mesures, conformément au Chapitre VIII. La résolution 866, quant à elle, ordonnait la mise sur pied d'une mission d'observation des Nations Unies au Libéria (MONUL) en précisant que :

[...] la MONUL serait la première mission de maintien de la paix que l'Organisation des Nations Unies entreprendrait en coopération avec une mission de maintien de la paix déjà mise sur pied par une autre organisation, en l'espèce la CEDEAO [...].⁷⁶

La question du consentement des parties à un conflit s'est posée lors de l'intervention de la CEDEAO au Libéria. Le refus manifesté par le Front national patriotique constituait, en effet, une entrave très importante à la mise en place de forces de maintien de la paix. Rappelons que le Front national contrôlait alors une grande partie du territoire libérien. La question fut toutefois résolue, toutes les parties ayant fini par accepter une présence internationale⁷⁷.

75. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 52

76. Préambule, Résolution 866 (1993) adoptée par le Conseil de Sécurité à sa 3281^e séance, le 22 septembre 1993.

77. E. D'Aoust, Centre for Research on the Epidemiology of Disasters, Université catholique de Louvain, Bruxelles, «Droit international et Politique au Service de la Paix – Questions Juridiques et Politiques Liées aux Conflits dans l'Après-Guerre Froide», Projet de recherche n° 127. Adresse URL [en ligne] : <http://www.cred.be/centre/publi/127f/ch09.htm> (date d'accès : 15 mars 2002).

L'intervention d'ECOMOG n'en a pas été moins controversée pour autant. Tout d'abord, certaines tensions entre francophones et anglophones, qui existaient déjà dans la région, ont été ravivées. De plus, la base légale de l'intervention était, en elle-même, douteuse⁷⁸.

Également, l'efficacité de la force d'interposition était mitigée. En effet, bien que ECOMOG ait réussi à repousser les rebelles et à restaurer l'ordre à Monrovia, elle n'a pas été capable d'établir l'autorité à l'intérieur du pays. De même, les tentatives d'ECOMOG de négocier un cessez-le-feu et un traité de paix n'ont pas abouti. Parfois, la vitesse de déploiement de la force a aussi été remise en question⁷⁹.

Après que certains membres de la force aient été torturés et tués, ECOMOG a adopté une approche beaucoup plus robuste, à tel point que, parfois, «[...] it seemed less like a “peace-making force” and more like an unintended party to the conflict»⁸⁰. C'est pourquoi, selon certains, l'intervention extérieure dans ce pays n'aurait pas été un franc succès puisqu'elle aura, et entre autres, stimulé le processus de violence plutôt que d'avoir pour effet de l'enrayer⁸¹.

8.2 Irak (1991-1992)

Le 5 avril 1991, le Conseil de sécurité adopta la résolution 688 qui autorisait, conformément au Chapitre VII, une intervention armée en Irak afin de protéger la minorité kurde. Le Conseil de sécurité a ainsi interprété de manière plus extensive la notion de menace contre la paix et la sécurité

78. COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», Supplément sur CD-ROM, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001 à la p. 81.

79. *Ibid.* à la p. 83.

80. J. Lewitt, «Humanitarian Intervention by Regional Actors in Internal Conflicts : The Cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone», (1998) *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 12, n° 2, 333 à la p. 350 dans CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 83.

81. E. D'Aoust, *supra* note 77.

internationales en y intégrant l'éventualité de flux migratoires⁸². L'exode massif de réfugiés à travers des frontières internationales constituait une menace à la paix et la sécurité dans la région. La résolution somme l'Iraq de mettre fin à la répression et de permettre l'accès, par les organisations internationales humanitaires, aux populations dans le besoin. Le Conseil de sécurité donne le mandat au secrétaire général de prendre tous les moyens nécessaires et il appelle tous les États membres à fournir de l'assistance humanitaire. Selon plusieurs, le droit d'ingérence humanitaire trouvait enfin une application concrète et le Conseil de sécurité affirmait sa nouvelle vocation⁸³.

Le Royaume-Uni, les États-Unis et la France, sans le consentement de l'Iraq, interviennent en créant des zones de protection temporaires dans le nord et le sud du pays. Selon le professeur Arbour, c'est une intervention forcée «en lieu et place du Conseil de sécurité»; par la suite, au moyen d'un mémorandum d'accord entre l'Iraq et l'ONU, celui-ci établit et administre des centres humanitaires⁸⁴.

Plusieurs critiques au sujet de l'intervention persistent. On peut, en effet, mettre en doute la conformité de certaines opérations avec la résolution 688⁸⁵. Si le Conseil de sécurité a interprété de manière extensive la notion de menace contre la paix et la sécurité internationales lors de l'adoption de la résolution, il semble que cette dernière ait elle-même été interprétée très largement par certains pays. La motivation véritable de ces derniers peut également laisser songeur.

Enfin, de si longues sanctions économiques ne peuvent laisser indifférent, surtout si l'on considère qu'elles affectent particulièrement les populations pauvres et vulnérables⁸⁶.

82. *Ibid.*

83. W.A. Schabas, *supra* note 1 aux pp. 74-75.

84. Arbour, *supra* note 28 aux pp. 597-598.

85. CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 88.

86. *Ibid.* à la p. 86.

8.3 Bosnie-Herzégovine (1992)

Un exemple du nouveau mandat des Forces des Nations Unies peut être donné avec le conflit en ex-Yougoslavie, où les soldats de la paix n'ont pas été déployés pour faire respecter un cessez-le-feu selon la pratique habituelle, mais bien pour assurer la distribution des secours d'urgence et pour stabiliser la situation⁸⁷. Conformément aux résolutions adoptées par le Conseil de sécurité, les militaires sont également intervenus pour faire respecter les sanctions économiques décrétées contre l'ex-Yougoslavie.

En fait, la mission de maintien de la paix UNPROFOR devait initialement surveiller la démilitarisation des zones protégées en Croatie mais, la situation se détériorant sérieusement, elle fut amenée à conduire des opérations de sécurité plus complexes, ainsi qu'à protéger les organisations humanitaires et les convois de secours⁸⁸. Pour ce faire, elle a été autorisée, à quelques occasions, par le Conseil de sécurité à employer la force.

Toutefois, le nombre exceptionnellement élevé de réfugiés et de personnes déplacées, la création de camps de concentration et la persécution et déplacement de populations pour des motifs ethniques ont démontré la nécessité d'appliquer une force beaucoup plus grande et plus directe afin de mettre un terme à la violence commise auprès des populations civiles⁸⁹.

Si les opérations de l'ONU ont effectivement permis de sauver des vies dans le cadre de ce conflit, «[...] elles ont également bien mis en lumière le problème des missions dont le mandat évolue sans cesse»⁹⁰. De plus, rappelons que les Nations Unies se sont révélées incapables d'empêcher le massacre de milliers de réfugiés, dans les zones de sécurité de l'ONU, à Srebrenica⁹¹.

87. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61.

88. CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 92.

89. *Ibid.* à la p. 93

90. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

91. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 1.

Un autre problème de l'intervention fut l'incompatibilité entre les opérations consensuelles et les opérations non consensuelles. La mission en ex-Yougoslavie a permis de mettre en relief la nécessité de déployer des forces significatives pour protéger les zones de sécurité.

Une particularité du conflit en ex-Yougoslavie réside dans le fait que le conflit, d'abord de sécession, s'est transformé en un conflit «interétatique» dès lors que l'entité sécessionniste a obtenu un certain niveau de reconnaissance⁹². Les règles particulières aux conflits armés internationaux devaient dès lors s'appliquer.

L'interprétation de la notion de menace contre la paix et la sécurité internationales a, une fois de plus, été étendue par le Conseil de sécurité avec l'intégration des violations massives des droits de l'homme. Certes, dans le cas de l'ex-Yougoslavie, ces considérations humanitaires étaient également doublées d'une réelle menace sur le plan international⁹³.

En mai 1993, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 827, autorisant la création d'un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie chargé de juger les personnes responsables des violations graves au droit international humanitaire commises pendant le conflit.

8.4 Somalie (1992)

Comme dans le cas de l'ex-Yougoslavie, les soldats ont été déployés en Somalie, principalement pour assurer la distribution des secours d'urgence et pour aider à stabiliser et à rétablir la situation⁹⁴. La première réponse de l'ONU aux problèmes de la Somalie fut la mise sur pied d'une opération de maintien de la paix avec UNOSOM I⁹⁵, qui fut déployée avec le consentement des factions dirigeantes.

92. E. D'Aoust, *supra* note 77.

93. *Ibid.*

94. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61.

95. E. D'Aoust, *supra* note 77.

Toutefois, comme la force d'interposition ne comptait que 500 soldats et qu'il n'existait alors aucune autorité capable de maintenir l'ordre sur le territoire, cette force s'est révélée incapable de mener son mandat de maintien de la paix. L'envoi de personnel pour la protection du secours humanitaire fut, par la suite, approuvé⁹⁶.

Puisque, cependant, la situation ne faisait qu'empirer, le Conseil de sécurité a adopté, suite à la recommandation du secrétaire général Boutros Boutros-Ghali, la résolution 794 qui autorisait la force d'interposition à employer la force. Le secrétaire général dira d'ailleurs, plus tard, que le Conseil de sécurité avait «[...] *established a precedent in history of the United Nations : it decided for the first time to intervene militarily for strictly humanitarian purposes*»⁹⁷. Une autre force d'interposition, UNOSOM II, fut créée en mai 1993.

La question du consentement de l'État demeurait nébuleuse puisque qu'aucune des factions présentes sur le territoire ne pouvait véritablement être considérée comme représentative et, conséquemment, apte à exprimer la volonté de l'État somalien⁹⁸. Ce problème fut résolu par la création d'une opération armée des États membres, en collaboration avec le secrétaire général des Nations Unies, telle qu'autorisée par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII⁹⁹.

Dans ce cas aussi, le Conseil de sécurité a considéré que les violations massives des droits de l'homme constituaient une menace contre la paix et la sécurité internationales. Cela permet de croire que la menace peut dorénavant être strictement interne¹⁰⁰.

96. CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 94.

97. *United Nations Year Book 47*, New York, United Nations, 1993 à la p. 51 dans CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 96.

98. E. D'Aoust, *supra* note 77.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

Bien que l'intervention ait réussi à soulager une bonne partie de la population de la terrible famine qui l'assaillait, l'intervention en Somalie n'a pas complètement réussi. En effet, comme le soulignait le gouvernement canadien dans son Livre blanc sur la défense de 1994 :

L'opération des Nations Unies en Somalie avait été conçue à l'origine avec la plus grande générosité et les meilleures intentions pour rétablir l'ordre, dispenser des secours humanitaires désespérément attendus et faciliter la reconstruction nationale. Il semble évident, à son terme, qu'au moins deux de ses trois objectifs n'ont pas été atteints¹⁰¹.

C'est ainsi que, comme ce fut le cas au Libéria et au Sri Lanka, l'intervention militaire «[...] loin d'enrayer le processus de violence, l'a stimulée en focalisant sur elle l'animosité des combattants locaux»¹⁰². L'intervention a, par contre, permis de mitiger des causes connexes de mortalité¹⁰³.

L'intervention militaire a d'ailleurs elle-même subi les «[...] conséquences désastreuses des déficiences de sa planification, des erreurs commises dans son exécution et de sa dépendance excessive par rapport à la force militaire»¹⁰⁴.

À certaines occasions, les militaires ont manifesté un comportement offensif, parfois raciste, à l'égard de civils somaliens. Un adolescent somalien de quinze ans a été torturé par des militaires canadiens; il est mort de ses blessures. Suite à cet incident très grave, les autorités militaires canadiennes ont établi des mesures d'enquête et de discipline; des programmes de formation aux droits de la personne et à la non-discrimination ont également été institués.

101. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

102. E. D'Aoust, *supra* note 77.

103. *Ibid.*

104. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. 1.

8.5 Rwanda (1994)

Le Rwanda avait déjà, bien avant 1994, une histoire de conflits violents interethniques présents sur son territoire. Les événements de 1994 ont cependant largement surpassé tout ce que le pays avait, jusqu'alors, connu. Lorsque les violences ont éclaté, en avril 1994, après la mort du président Habyarimana dans un accident d'avion qui a également coûté la vie au président du Burundi, 2500 casques bleus se trouvaient déjà au Rwanda. Ces casques bleus faisaient partie de la mission UNAMIR et y étaient stationnés afin de surveiller les Accords d'Arusha.

Alors que la crise battait son plein, le Conseil de sécurité a décidé de modifier le mandat de UNAMIR; pourtant, au lieu d'envoyer du renfort, il a plutôt décidé de réduire le nombre du personnel de la force à 270 membres. Comme le soulignait la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États dans le supplément à son rapport : «*By withdrawing the force as the bloodbath was gathering speed, the UN sent an unmistakable message to the genocidal forces that there was little or no international resolve to stand in their way*»¹⁰⁵.

Une des critiques de cette politique de retrait et d'inaction était le général Roméo Dallaire, commandant de UNAMIR. Le général demandait l'envoi de quelques 5000 soldats bien entraînés et l'élargissement du mandat afin que ses troupes soient en mesure de protéger les populations civiles. Selon lui, ils auraient alors été capables de ralentir la progression des tueries et, peut-être aussi, de renverser le courant. Les deux demandes ont été refusées, laissant un nombre manifestement inadéquat de soldats sur le terrain¹⁰⁶.

Ce n'est finalement qu'en juin 1994 que le Conseil de sécurité reconnaîtra que la situation au Rwanda constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales et autorisera la constitution, par la France, d'une force,

105. CIISE, «The Responsibility to Protect : Research, Bibliography, Background», *supra* note 78 à la p. 98.

106. *Ibid.*

en vertu du Chapitre VII¹⁰⁷. Le mal, cependant, était à toutes fins pratiques déjà fait.

Suivant le précédent créé en ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité a établi, par sa résolution 955, le Tribunal pénal international pour le Rwanda et lui a confié la compétence pour juger les responsables du génocide.

L'incapacité des forces des Nations Unies, ou le manque de volonté politique, de protéger les civils, incluant le personnel de l'ONU, a subséquentement été décrite comme l'une des questions les plus douloureuses et les plus controversées de cette période¹⁰⁸. Par ailleurs, les puissances qui étaient capables d'intervenir militairement ont aussi été critiquées en raison de leur absence de réaction face au génocide et aux mouvements massifs de réfugiés et de personnes déplacées dans la région des Grands Lacs¹⁰⁹. Ce conflit aura permis d'exposer au grand jour toute l'horreur qui peut résulter d'une telle omission d'agir. L'action était, dans un tel cas, obligatoire, impérative.

On a parfois dit que le problème qu'avait connu l'ONU était de n'avoir pu intervenir à temps. Or, le Secrétariat de l'ONU et certains membres permanents du Conseil de sécurité «[...] savaient que des responsables liés au gouvernement de l'époque étaient en train de préparer un génocide [...]»¹¹⁰. Comme le soulignait la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États dans son rapport :

La volonté internationale – le courage civique – a fait défaut au plus haut niveau. Cette carence n'a pas simplement eu pour conséquence une catastrophe humanitaire pour le Rwanda : le génocide a déstabilisé toute la région des Grands Lacs, et cet effet déstabilisant perdure. Du coup, de nombreux peuples africains en ont conclu qu'au-delà de tous les beaux discours sur l'universalité des droits de l'homme, certaines vies humaines ont beaucoup moins d'importance que d'autres aux yeux de la communauté internationale¹¹¹.

107. *Ibid.* à la p. 100.

108. *Ibid.* à la p. 101.

109. *Ibid.* à la p. VII.

110. *Ibid.* à la p. 1.

111. *Ibid.* à la p. 1.

8.6 Haïti (1993-1994)

Suite au coup d'état militaire qui a renversé le gouvernement du président Jean-Baptiste Aristide, en septembre 1991, l'Organisation des États américains a condamné la dictature militaire et a recommandé l'imposition de sanctions diplomatiques et économiques. En raison de l'absence de réaction de la part du Conseil de sécurité, l'Assemblée générale a adopté une résolution condamnant sévèrement le renversement illégal du président haïtien et déclarant la situation inacceptable¹¹².

Par la suite, confronté au désastre humain des réfugiés de la mer (*boat people*) qui étaient interceptés par la marine américaine en haute mer, le Conseil de sécurité a finalement adopté une résolution, en vertu du Chapitre VII, dans laquelle il est déclaré que la situation en Haïti représente une menace à la paix et à la sécurité internationales. Un embargo économique était imposé. D'intenses négociations, pour le retour du président, avaient lieu entre le président haïtien en exil aux États-Unis, le Département d'État américain, les Nations Unies et le régime militaire. Les militaires et des groupes criminels organisés, les zenglados, qui jouissaient de la complicité de militaires, continuaient à semer la terreur au pays. De nouvelles sanctions furent imposées en vertu des Chapitres VII et VIII¹¹³.

Le Conseil de sécurité affirma sa position en adoptant la résolution 940 qui autorisait la création d'une force multinationale ayant, notamment, pour but de faciliter le départ des dirigeants militaires d'Haïti et le retour du président légitime. Cette intervention a suscité des réactions généralement favorables auprès de la communauté internationale et le président Aristide retourna à Port-au-Prince en octobre 1994¹¹⁴.

Suite aux élections de 1995, la coalition a ensuite passé le flambeau à une mission des Nations Unies chargée d'assurer la transition. Une police a ainsi été déployée en Haïti pour surveiller et former les forces de police locales

112. *Ibid.* à la p. 102.

113. *Ibid.*

114. *Ibid.* à la p. 104

et aussi pour reconstruire les systèmes correctionnels dévastés¹¹⁵. Malgré le soulagement populaire et l'appréciation de l'intervention internationale qui a permis le retour du président, il existait une insatisfaction importante face à la décision de ne pas désarmer les anciens militaires et les bandes criminelles organisées. Ainsi, une mission civile des Nations Unies a enquêté et documenté les violations des droits de l'homme pendant la période de la junte militaire. D'autre part, un partenariat impliquant plusieurs pays a entrepris le renforcement des institutions publiques et la formation en droits de la personne.

Cette étude sommaire de quelques cas d'intervention ne serait pas complète si on ne relevait pas l'appréhension du pays bénéficiaire de l'intervention devant la présence de troupes étrangères, surtout si l'intervention de la force multinationale, pour des raisons évidentes, ne peut répondre à toutes les attentes de la société civile pour le désarmement des anciennes forces répressives, leur traduction devant la justice et la réparation des torts infligés. Dans le cas d'Haïti, tout se passe sur une trame de fond qui comprend le souvenir de l'occupation militaire américaine pendant presque vingt années; le souvenir d'une période entre les deux guerres mondiales n'était pas effacé et se devait d'être considéré par les responsables politiques dans la prise de décisions. C'est le même peuple qui avait combattu pour son affranchissement et son indépendance en 1804. Autant la population souhaitait le soutien de la communauté internationale, autant elle craignait l'occupation étrangère et la perte du contrôle de sa souveraineté.

Enfin, notons que l'exode des réfugiés et le flux migratoire qui en découlait ont, dans le cas d'Haïti, une fois de plus été interprétés comme constituant une menace contre la paix et la sécurité internationales et ont donné lieu à l'adoption de mesures, conformément au Chapitre VII. Il s'agissait également d'un autre exemple à l'effet que la menace peut dorénavant être principalement interne¹¹⁶, avec une répercussion internationale.

115. MAECI, «Le cycle de conflit», *supra* note 61.

116. E. D'Aoust, *supra* note 77.

9. Quelques critères normatifs possibles pour l'intervention humanitaire de caractère unilatéral.

9.1 Caractère approprié et proportionnel

Avant d'aborder les critères normatifs possibles pour l'intervention humanitaire de caractère unilatéral, rappelons que la Cour internationale de justice a déclaré que la fourniture de secours «strictement» humanitaires ne saurait être considérée comme une intervention illicite si certaines conditions sont rencontrées :

Il n'est pas douteux que la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays, quels que soient leurs affiliations politiques ou leurs objectifs, ne saurait être considérée comme une intervention illicite ou à tout autre point de vue contraire au droit international. Les caractéristiques d'une telle aide sont indiquées dans le premier et le second des principes fondamentaux proclamés par la vingtième conférence internationale de la Croix-Rouge [...]»¹¹⁷.

Ces principes sont les suivants :

- porter du secours sans discrimination, prévenir et alléger les souffrances des hommes, protéger la vie et la santé et faire respecter la personne humaine, favoriser la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples;
- ne faire aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d'appartenance politique en priorisant les détresses les plus urgentes.

Il est aussi primordial de distinguer l'intervention humanitaire visant à protéger la vie de personnes et de populations victimes de crimes graves, tels les crimes contre l'humanité de celle s'intéressant plutôt à la surveillance de frontière ou encore à la reconstruction d'un système correctionnel. Seules les interventions visant à contrer de réelles menaces à la paix et à la sécurité

117. *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 5 au para. 242.

internationales ou encore à prévenir des catastrophes d'ordre humanitaire pourraient, selon nous, faire l'objet d'une intervention unilatérale.

Également, comme le soulignait Sandoz, il faut distinguer les violations intentionnelles des violations par carence :

Il y a en effet des cas où des Gouvernements ou autres autorités affichent leur mépris des normes humanitaires par leur manière d'agir, sinon de s'exprimer, d'autres cas où il est évident qu'ils ne maîtrisent plus la situation. Des conséquences doivent évidemment en être tirées sur la manière d'intervenir¹¹⁸.

Les pourparlers avec l'État concerné seront, en effet, plus prometteurs lors de violations par carence que lors de violations intentionnelles. Qu'il s'agisse d'un type ou de l'autre, la discussion demeure primordiale. Ainsi, avant d'entreprendre une quelconque intervention, l'État concerné devrait être consulté.

9.2 Caractère ponctuel et temporaire

De plus, l'État désirant intervenir devrait être en mesure de fournir certaines garanties d'impartialité et se doter d'un mandat clair et précis répondant aux besoins spécifiques de la mission. Un processus de réévaluation des mandats avant leur renouvellement devrait également être prévu. L'autorité désignée pour intervenir devrait être distinctement identifiée aux yeux de la communauté internationale.

Certains mécanismes de contrôle devraient aussi être mis sur pied afin, notamment, d'assurer que le secours envoyé est bien distribué aux bénéficiaires légitimes. À cet égard, les organisations non gouvernementales devraient pouvoir conserver leur indépendance afin de maintenir la confiance de l'État chez qui elles se trouvent.

Selon les principes de la Croix Rouge applicables aux organismes non gouvernementaux, l'intervention doit être faite dans le respect des droits de la

118. Y. Sandoz, *supra* note 26.

personne et en tenant compte de la culture des populations. Elle doit autant que possible associer les bénéficiaires à l'intervention et être menée en collaboration avec eux. Elle doit viser à rendre les bénéficiaires autonomes aussitôt que possible. L'indépendance et le caractère non partisan de leur intervention importent non seulement pour les bénéficiaires mais également envers les responsables étatiques.

9.3 Caractère résiduel

L'intervention unilatérale ne devrait intervenir que devant l'omission ou le refus d'agir de l'ONU ou ses organismes régionaux. L'action unilatérale d'urgence devrait cesser lors de l'intervention des Nations Unies, soit directement, soit indirectement.

Le Canada a toujours nettement favorisé le multilatéralisme dans les interventions de ce type. Dans son Livre blanc sur la défense de 1994, le gouvernement canadien note d'ailleurs que :

La communauté internationale se heurte aujourd'hui à des problèmes de sécurité d'une complexité qui défie les solutions toutes faites, et elle tient à les régler dans le cadre d'institutions multilatérales. Cela ne tient pas seulement aux récentes améliorations des relations mondiales, mais au fait qu'à une époque où bon nombre de pays réduisent leurs dépenses militaires en vue de financer leurs grands projets nationaux, la coopération multilatérale est une bonne façon de mettre en commun les ressources de chacun et d'en tirer le meilleur parti¹¹⁹.

Yves Sandoz soutient également que l'utilisation de la force de la part d'États étrangers doit s'inscrire dans le cadre des Chapitres VII ou VIII de la Charte des Nations Unies et que le retour à la notion d'intervention d'humanité, telle qu'elle existait avant la création du système onusien, «[...] c'est-à-dire à un droit d'action unilatéral de chaque État, recèlerait à l'évidence un très grand danger d'abus et un risque évident pour la stabilité des relations internationales»¹²⁰.

119. DNC, *Livre blanc sur la défense*, *supra* note 35.

120. Y. Sandoz, *supra* note 26.

La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États a, elle aussi, souligné dans son rapport que les opérations devaient avoir un caractère multilatéral¹²¹.

Le gouvernement d'un État économiquement faible et vulnérable pourrait, par exemple, craindre l'entrée sur son territoire d'une puissance étrangère ayant d'autres motivations que l'aide humanitaire. Comme le soulignait Yves Sandoz, la clé du problème demeure la prévention et la promotion des droits :

Ériger en système l'intervention armée à but humanitaire constituerait une démission de la communauté internationale face à ses véritables défis : prévenir les conflits et promouvoir les valeurs essentielles portées par le droit international humanitaire¹²².

Pour ce faire, il faut donc renforcer les moyens mis en œuvre pour la prévention des conflits : aide au développement, renforcement des droits de la personne, réflexion poussée pour clarifier l'attitude de la communauté internationale à l'égard de la question des minorités, etc...¹²³. La prévention des conflits demeure, en effet, la solution à privilégier puisque, comme le soulignait Sandoz :

Disons-le d'emblée, même si elle devient parfois nécessaire, l'intervention armée à but humanitaire n'est pas une bonne solution et elle restera toujours un moindre mal dans des situations extrêmes. Elle résulte en effet d'un double échec dont on devrait, en priorité, chercher à tirer les conséquences.

L'échec tout d'abord de régler un différend par des moyens pacifiques, cette mission essentielle de l'Organisation des Nations Unies, l'échec qu'est toujours une guerre.

121. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. XII.

122. Y. Sandoz, *supra* note 26.

123. *Ibid.*

Et l'échec, ensuite, du droit international humanitaire dont l'ambition est, dans les guerres, de faire appliquer les normes humanitaires sur une base consensuelle, sans usage de la force¹²⁴.

Ainsi, notons que la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États a affirmé que la prévention était la principale dimension de la responsabilité de protéger¹²⁵.

CONCLUSION

Force est de constater qu'autant le fondement que l'exercice du droit d'intervention font toujours l'objet de débats juridiques et politiques. Parallèlement, une nouvelle pratique s'instaure, propulsée par les cas trop récurrents de violation massive des droits de la personne, voire même de génocide. L'évolution de ce nouveau droit reflète la réalité du rétrécissement du monde qui provient de la transformation des moyens de communication et du resserrement des liens économiques. Ce droit est témoin de l'érosion des frontières, car il vise à la fois les conflits «interétatiques» et «intra-étatiques». Le droit d'intervenir devrait toutefois reposer sur un plus grand consensus relatif aux conditions et aux moyens d'exercice; à défaut, il risque d'attirer toujours des critiques justifiées.

Finalement, le débat concernant l'existence du droit d'intervenir a le mérite d'interpeller constamment la conscience humaine et la solidarité internationale avançant de ce fait la reconnaissance et la protection des droits de la personne en tant qu'individu ou en tant que membre d'une minorité en droit international public. Aussi, en réprimant les violations des droits spécifiques aux femmes, ce droit peut contribuer à réduire la condition d'inégalité des femmes et des filles qui sont souvent les victimes innommées des guerres civiles et des conflits de caractère ethnique, racial ou religieux. Enfin, le droit d'intervenir s'inscrit dans le mouvement de renforcement des sanctions pour les violations des droits de la personne qui a mené à l'adoption du Traité de Rome de 1998 et à l'établissement du Tribunal pénal international.

124. *Ibid.*

125. CIISE, «La responsabilité de protéger», *supra* note 7 à la p. XI.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES MINORITÉS EN DROIT PUBLIC CANADIEN

Auteur(s) : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, Danielle PINARD

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 197-228

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12283>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12283>

Page vide laissée intentionnellement.

LES MINORITÉS EN DROIT PUBLIC CANADIEN*

par Jean-François GAUDREAU-DESBIENS**
Danielle PINARD***

SOMMAIRE

Introduction	199
I – Dualisme et minorités	201
1 - La configuration initiale prévue à <i>l'Acte de l'Amérique du Nord britannique</i> de 1867	201
a) Protection implicite - le principe du fédéralisme	201
b) Protections explicites	202
2 - Le Québec, société distincte	203
3 - Le principe constitutionnel implicite de protection des minorités	205
a) Les fusions municipales au Québec	207
b) La survie de l'hôpital Montfort en Ontario	209
c) Quelques différences	210
II – Cas de figure	211
1 - Les minorités et l'enseignement au Canada	211
2 - Les minorités et le multiculturalisme	218
3 - Les minorités et les libertés publiques	220
4 - Le cas particulier des peuples autochtones	225

*. Exposé présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

***, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Introduction

L'histoire politique du Canada et du Québec explique les contours irréguliers de la protection constitutionnelle des minorités que l'on retrouve en droit public canadien.

La conquête britannique d'une colonie française, dans un contexte de relative ignorance des premiers habitants autochtones, a inexorablement coloré la notion de minorité et son traitement juridique. Quoique l'on retrouve certaines références à des minorités culturelles ou visibles dans la production normative récente, la notion de minorité en droit canadien a traditionnellement référé aux identités francophone et anglophone, avec leur rattachement historique accessoire aux religions catholique et protestante.

Une tension semble omniprésente, au sein de laquelle s'affrontent la théorie politique d'un pacte confédéral initial, des revendications de droits individuels pour des bénéficiaires géographiquement répartis partout au Canada, une insistance sur l'idée de peuples fondateurs et un plaidoyer en faveur de la reconnaissance du caractère distinct de la société québécoise. S'y confondent des conceptions collectives et individuelles des droits, des visions plus ou moins centralisatrices du fédéralisme et une importance relative accordée à l'autonomie provinciale, surtout à celle du Québec. Des valeurs et des intérêts divergents y puisent des arguments juridiques qui serviront d'armes dans un débat essentiellement politique.

Les mouvements dans l'interprétation judiciaire de ces droits des minorités semblent aussi correspondre à des impératifs politiques plus qu'à une logique juridique inhérente. Le mode de production de ces droits, comme compromis politique et historique, a pendant un temps autorisé certains juges à les interpréter de façon relativement étroite. On a écrit, par exemple, que les droits linguistiques constitutionnellement protégés au Canada étaient «fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe»¹, et n'avaient pas «l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui

1. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, le juge Beetz pour la majorité, au para. 117.

découlent des règles de la justice naturelle»². Cette vision des choses semble cependant en voie de transformation. En effet, une nouvelle tendance prend forme, une réhabilitation du statut des droits linguistiques, selon laquelle l'ancienne approche restrictive serait à proscrire, et à remplacer par une autre, celle-là plus libérale et généreuse³. La Cour suprême confirmait en effet, en 1998, que «[m]ême si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes»⁴, ajoutant «[b]ien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités»⁵.

Si la protection constitutionnelle des minorités en droit canadien s'est d'abord développée en fonction d'une logique dualiste, les changements démographiques ont provoqué des évolutions sur le plan des valeurs et des normes. Dès les années 1960, en effet, un modèle multiculturaliste de société a commencé à concurrencer le modèle dualiste originel.

Une première partie du présent texte abordera cette question initiale du dualisme et des minorités (I). On y traitera de trois aspects de la protection des minorités en droit constitutionnel canadien, soit la configuration initiale minimale prévue à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 (1), la «question du Québec» (2) et enfin, une nouveauté jurisprudentielle, le principe implicite de protection des droits des minorités (3).

L'étude de quatre cas de figure fera l'objet de la seconde partie (II). On se penchera sur la question minoritaire en contexte d'enseignement (1), sur le multiculturalisme (2), sur la protection découlant des libertés publiques (3) et sur le cas particulier des peuples autochtones (4).

2. *Ibid.*

3. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

4. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après *Sécession*) au para. 80.

5. *Ibid.*

I – Dualisme et minorités

1 - La configuration initiale prévue à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, loi impériale britannique, a créé le Canada fédéral que l'on connaît⁶. Sans contenir comme tel une Charte de droits, il permet toutefois une forme de protection des minorités, d'abord implicitement, par la structure même qu'il met en place, et ensuite explicitement, dans le cas de certains droits linguistiques et confessionnels.

a) Protection implicite - le principe du fédéralisme

La reconnaissance de l'existence de communautés distinctes, géographiquement regroupées, avec des cultures et des aspirations qui leur sont propres, est au cœur du principe du fédéralisme. Du fait même de la composition démographique des colonies réunies, la structure fédérale mise en place en 1867 crée un double jeu de majorités et de minorités. Les francophones seront majoritaires au Québec, et les anglophones le seront au Canada dans son ensemble, et dans toutes les autres provinces. Le fédéralisme fournit ainsi à la minorité francophone une structure institutionnelle d'identité et de reconnaissance. Sont par ailleurs créées une minorité anglophone québécoise, et des minorités francophones, fédérale et provinciales. On a parlé, à propos de cet AANB, d'un pacte entre deux peuples fondateurs, les francophones et les anglophones, ces deux groupes trouvant dans la structure fédérale même une protection de leurs intérêts singuliers, puisque celle-ci leur conférerait le contrôle d'institutions parlementaires et gouvernementales distinctes. La Cour suprême du Canada rappellera récemment que «le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée»⁷. La Cour interprétera par exemple l'attribution aux provinces d'une compétence législative en matière de

6. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, (ci-après *A.A.N.B.*), maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n°. 5.

7. *Supra* note 4 au para. 59.

propriété et de droits civils comme une protection indirecte de la langue et de la culture françaises au Québec⁸.

b) Protections explicites

L'AANB 1867 contenait aussi quelques dispositions destinées à protéger expressément un certain nombre de droits des minorités linguistiques et confessionnelles. Les minorités religieuses retrouvaient dans l'AANB 1867 des garanties en matière d'éducation sur lesquelles on reviendra. Les anglophones protestants se voyaient octroyer un droit de veto quant à la modification de certains comtés du Québec dans lesquels ils étaient majoritaires⁹. De plus, en vertu de l'article 133, les lois fédérales et québécoises doivent être adoptées en anglais et en français, et l'une ou l'autre de ces deux langues peut être utilisée devant les tribunaux fédéraux et québécois. La conception d'un Canada construit par deux peuples fondateurs est ici mise en oeuvre: on garantit à la minorité francophone du Canada et à la minorité anglophone du Québec un accès aux lois et aux tribunaux. Cette disposition a été déclarée indivisible et intangible, à l'abri des interventions législatives tant fédérales que provinciales¹⁰. Il s'agit d'une protection efficace de ces droits des minorités linguistiques, droits que l'on souhaite mettre à l'abri des abus, ou même de la simple volonté légitime, des majorités¹¹. On doit cependant remarquer ce que l'on a dit être l'asymétrie de cette disposition : elle ne s'applique pas aux provinces autres que le Québec, de telle sorte que les minorités francophones de ces provinces n'y retrouvent aucune protection de leurs droits linguistiques à opposer à leurs gouvernements provinciaux.

Dans le respect de la tradition britannique, la constitution canadienne de 1867 mise sur la primauté du droit et la souveraineté parlementaire pour l'élaboration des choix de société. La présence de colons francophones et catholiques, majoritaires sur une partie du territoire, contraint cependant les autorités constituantes à une reconnaissance minimale de certains droits des

8. *Ibid.* au para. 40.

9. *Supra* note 6 à l'art. 80.

10. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

11. *Blaikie c. P.G. Québec*, [1978] C.S. 37.

minorités, que ce soit par la structure fédérale mise en place ou encore par l'adoption de certaines dispositions partielles et ponctuelles.

C'est sur le fondement de ces normes de la constitution de 1867 que se développe la «question du Québec».

2 - Le Québec, société distincte

La «question du Québec» occupe inévitablement une place de choix dans toute discussion du droit des minorités en droit public canadien. Nonobstant toute rhétorique constitutionnelle, le Québec constitue une société distincte au sein du Canada. Au-delà de la langue française, qu'il partage avec le reste des francophones minoritaires au Canada, le peuple québécois se distingue notamment par sa culture, ses institutions, son rapport à l'État et son système juridique.

Selon la Cour suprême du Canada, cette spécificité sociale et démographique du Québec a constitué une des raisons d'être du fédéralisme canadien¹². En 1867, la population francophone et catholique du Bas-Canada, qui allait devenir la province de Québec, s'est apparemment opposée à un projet d'union législative, par opposition à celui d'une fédération, justement afin d'obtenir les moyens de protéger sa spécificité et d'ainsi contrer l'assimilation par le nombre¹³. L'existence et la valorisation de la communauté canadienne française géographiquement concentrée et majoritaire sur le territoire qui allait devenir celui du Québec comptent donc au nombre des forces créatrices à l'origine de l'État fédéral canadien.

Il est en conséquence pour le moins surprenant que cette reconnaissance n'ait pas opéré de façon à accorder au Québec une voix au chapitre lorsqu'il s'est agi de doter la constitution canadienne d'une procédure de modification et d'une Charte des droits et libertés, s'agissant des modifications constitutionnelles les plus importantes apportées depuis 1867. C'est en fait un mouvement fondé sur une autre communauté, l'ensemble des citoyens canadiens, séduits par la

12. *Supra* note 4 au para. 59.

13. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, édition à feuilles mobiles, à la p. 5-5.

promesse d'une charte de protection de leurs droits et libertés individuels, qui a porté ce processus de modification constitutionnelle et cautionné le projet d'action fédérale unilatérale du début des années 1980.

En effet, à l'occasion de ce projet dit de «rapatriement de la constitution», la Cour suprême du Canada a estimé que ni le droit ni une quelconque convention constitutionnelle n'exigeait le consentement préalable du Québec¹⁴. On a donc procédé à ce rapatriement malgré l'opposition du Québec. Si la légalité du processus n'est à ce jour «ni contestable ni contestée»¹⁵, le considérable problème politique ainsi créé n'échappe à personne. Les quelques tentatives de modifications constitutionnelles qui ont vu le jour depuis lors ont tenté de pallier ce problème, toutefois sans succès.

Dans l'accord du Lac Meech, par exemple, une reconnaissance du fait que le Québec forme une société distincte au sein du Canada, assortie d'une reconnaissance de la dualité linguistique et d'une disposition prévoyant le statu quo des pouvoirs, a suscité une opposition certaine.

En août 1998, à l'occasion d'un renvoi pour avis consultatif, la Cour suprême du Canada s'est exprimée sur la légalité d'une éventuelle sécession du Québec. La Cour a jugé que, pour considérable qu'elle soit, la sécession d'une province du Canada n'en demeurerait pas moins une modification réalisable en vertu de la procédure de modification constitutionnelle¹⁶. La Cour a estimé que, face à l'expression claire de la volonté du peuple québécois de procéder à une sécession, les principes structurels du fédéralisme et de la démocratie imposeraient à l'ensemble des acteurs politiques canadiens une obligation constitutionnelle de négocier. On reconnaît ainsi l'importance de la volonté d'une communauté culturellement distincte, géographiquement regroupée et politiquement organisée au plan institutionnel dans le cadre d'un État provincial.

Une problématique identitaire fonde cette question de l'existence et de l'importance de la spécificité du Québec au sein du Canada. Le mouvement

14. *Renvoi sur la modification de la constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753 et *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, [1982] 2 R.C.S. 793.

15. *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, *ibid.*

16. *Supra* note 4 au para. 85.

d'affirmation nationale au Québec s'appuie sur le contrôle des institutions étatiques par un peuple par ailleurs minoritaire sur le continent américain. Les francophones hors Québec sont en quelque sorte menacés par ce mouvement qui, en cas de victoire, risque de les laisser à leur sort de minorités en voie de disparition dans ce qui deviendrait le «Reste du Canada». Paradoxalement, donc, l'indépendance du «château fort du peuple canadien-français»¹⁷, du «phare de la présence française en Amérique du Nord»¹⁸ ne se ferait selon certains qu'au prix de l'affaiblissement des francophones hors Québec.

Les francophones et les anglophones du Canada se sont cependant vus reconnaître de nouveaux outils d'affirmation dans une création jurisprudentielle récente : la protection constitutionnelle implicite des droits des minorités

3 - Le principe constitutionnel implicite de protection des minorités

Dans le Renvoi sur le droit du Québec à la sécession, la Cour suprême du Canada a confirmé l'importance du rôle de certains principes structurels non écrits en droit constitutionnel canadien. À d'autres occasions, la Cour avait déjà lu dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867¹⁹ la constitutionnalisation implicite de certains principes, comme la primauté du droit²⁰, les privilèges parlementaires²¹ ou encore l'indépendance judiciaire²².

Dans le même Renvoi, la Cour a situé la discussion d'une éventuelle sécession du Québec, en droit constitutionnel canadien, dans le contexte plus large des principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit, ainsi que de la protection des droits des minorités.

17. Cette expression, d'une Commission fédérale sur l'unité canadienne, a été utilisée dans le mémoire du Procureur général du Québec et citée par la Cour dans le *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, *supra* note 14.

18. *Ibid.*

19. Particulièrement dans cet attendu qui prévoit que la constitution canadienne est semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni.

20. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

21. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, [1993] 3 R.C.S. 319.

22. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Selon la Cour, les principes constitutionnels fondamentaux sont les prémisses inexprimées du texte de la Constitution²³. Ils en guident l'interprétation²⁴ et peuvent même autoriser les tribunaux à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel²⁵, imposant parfois des obligations juridiques substantielles à l'action gouvernementale²⁶. Selon la Cour,

[C]es principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements.²⁷

Ce propos est particulièrement significatif, dans un contexte de constitutionnalisme où les valeurs constitutionnelles explicitement protégées jouissent d'une valeur supra-législative et permettent aux tribunaux de rendre les lois inopérantes.

La Cour donne ici une telle valeur supra-législative à des principes non écrits, dont elle dévoilera en fait l'identité au fur et à mesure des litiges qui se présenteront à elle. Il s'agit d'une forme d'activisme judiciaire que, on le verra, les tribunaux hiérarchiquement inférieurs à la Cour suprême sont moins enclins à exercer.

En l'espèce, se fondant principalement sur les principes de la démocratie et du fédéralisme, la Cour suprême a déclaré l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier un projet de modification constitutionnelle en vue de la sécession d'une province, dans la mesure où ce projet aurait reçu l'appui d'une majorité claire de la population.

On doit reconnaître que la Cour n'a pas consacré de longs développements au principe qui nous intéresse particulièrement ici, soit celui du droit des minorités. La Cour a essentiellement souligné que «la protection de ces droits [les droits des minorités] est elle-même un principe distinct qui sous-tend

23. *Supra* note 4 au para. 49.

24. *Ibid.* au para. 52.

25. *Ibid.* au para. 53.

26. *Ibid.* au para. 54.

27. *Ibid.*

notre ordre constitutionnel»²⁸. Dans le contexte d'une éventuelle sécession du Québec, la Cour a rappelé l'importance de tenir compte des droits des minorités, et particulièrement de ceux des peuples autochtones.

Si elle ne semble pas constituer le fondement premier du Renvoi sur la sécession, cette référence à un principe innommé de protection des droits des minorités a certes inspiré par la suite un certain nombre de causes, dont deux ayant donné lieu à des décisions finales de cours d'appel canadiennes, soit celle portant sur les fusions municipales au Québec²⁹, et une autre relative, celle-là, à la survie d'un hôpital francophone en Ontario, l'hôpital Montfort³⁰.

a) Les fusions municipales au Québec

L'État québécois a procédé à une réorganisation municipale, en ayant notamment recours à la fusion de certaines municipalités. Cette réforme a eu pour résultat de transformer en simples arrondissements de la nouvelle grande ville de Montréal des municipalités à population majoritairement anglophone. La réforme a été contestée devant les tribunaux, notamment au motif qu'elle portait atteinte aux droits de la minorité anglophone du Québec. En l'absence de disposition constitutionnelle explicite applicable à la situation en cause, on s'est appuyé sur le principe implicite de protection des droits des minorités, tel qu'énoncé par la Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession. L'argument allait comme suit : l'institution municipale est essentielle au maintien et au développement de la communauté anglophone du Québec, minoritaire dans la province³¹, et ce d'autant plus que cette institution est la seule entité gouvernementale contrôlée par cette minorité³².

28. *Ibid.* au para. 80.

29. *Westmount (Ville de) c. Québec (P.G.)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), (ci-après *Fusions*), permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 7 décembre 2001.

30. *Lalonde et Hôpital Montfort c. Commission de restructuration des services de santé*, (ci-après *Montfort*), Cour d'appel de l'Ontario, 7 décembre 2001. Le gouvernement ontarien a annoncé le 1^{er} février 2002 son intention de ne pas en appeler de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario devant la Cour suprême du Canada.

31. *Supra* note 29 au para. 68.

32. *Ibid.* au para. 69.

La contestation constitutionnelle a échoué, et la Cour suprême a refusé la permission d'en appeler de cette cause devant elle. La Cour d'appel du Québec a essentiellement circonscrit la portée et les conséquences des propos de la Cour suprême du Canada relativement aux principes implicites. La Cour d'appel a insisté sur l'importance de leur contexte d'énonciation, soit une question ne recevant aucune réponse expresse dans le texte de la Constitution, celle de la sécession du Québec. La Cour d'appel écrit :

Ces principes ne s'appliquent donc que dans un contexte constitutionnel très particulier.³³

La Cour d'appel estime que, s'ils peuvent servir à en combler les vides, les principes constitutionnels non écrits ne peuvent être utilisés de façon à contredire les termes ou l'esprit de la Constitution écrite. La notion de «vide» appelle interprétation, et le silence de la Constitution écrite à l'égard de l'élimination des institutions municipales ne constitue pas un tel vide³⁴, à la lumière du pouvoir exprès des législatures provinciales à l'égard des institutions municipales.

À propos de l'importance de certaines institutions pour la protection de l'identité de groupes minoritaires, la Cour écrit :

[L]e principe de protection des minorités n'a pas pour effet de conférer un droit à des institutions pour la protection des minorités, lorsque ce droit n'est pas protégé, par ailleurs, dans la Constitution.³⁵

La Cour se dit renforcée dans sa conviction par le fait que, «lorsqu'il a voulu restreindre le pouvoir de la législature en vue de protéger des droits collectifs d'un groupe de citoyens en raison du facteur linguistique»³⁶, il l'a fait expressément, comme dans le cas des comtés anglophones protégés en 1867.

33. *Ibid.* au para. 82.

34. *Ibid.* au para. 106.

35. *Ibid.* au para. 94.

36. *Ibid.* au para. 124.

La Cour d'appel du Québec a donc prononcé la validité constitutionnelle de la loi provinciale portant sur les fusions municipales.

b) La survie de l'hôpital Montfort en Ontario

La minorité francophone en Ontario a contesté des directives administratives prévoyant une réduction importante des services offerts par l'hôpital Montfort, le seul hôpital entièrement francophone en Ontario³⁷. La contestation était essentiellement fondée sur le principe implicite de protection des droits des minorités.

Dans un jugement rendu moins de deux mois après celui de la Cour d'appel du Québec³⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé les directives administratives ontariennes en faisant jouer un rôle important mais accessoire à ce principe de protection des droits des minorités. En effet, la Cour s'en est servi comme instrument d'interprétation des notions floues de la loi applicable, et comme critère d'évaluation du pouvoir discrétionnaire exercé par la commission administrative.

À la lumière, notamment, des principes généraux d'interprétation des lois, de l'interprétation large que doivent recevoir les droits linguistiques et du principe du respect et de la protection de la minorité francophone en Ontario³⁹, la Cour a estimé que «les directives de la Commission ne [respectaient] pas les exigences statutaires imposées par la Loi [ontarienne] sur les services en français»⁴⁰.

La Cour a de plus considéré que la commission administrative n'avait pas suffisamment tenu compte de la valeur constitutionnelle de protection des droits de la minorité francophone en Ontario lors de l'exercice de son pouvoir

37. *Supra* note 30 au para. 2.

38. Le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire des fusions municipales a été rendu le 16 octobre 2001, alors que celui de la Cour d'appel de l'Ontario sur la fermeture de l'hôpital Montfort l'a été le 7 décembre de la même année.

39. *Supra* note 30 au para. 140.

40. *Ibid.* au para. 169.

discrétionnaire, donnant ainsi ouverture au contrôle judiciaire de la décision contestée⁴¹.

c) Quelques différences

Les intérêts de la minorité anglophone au Québec et ceux de la minorité francophone en Ontario se sont vus menacés, ici par les fusions municipales, et là par la fermeture projetée d'un hôpital. La contestation judiciaire a été fructueuse en Ontario, et a échoué au Québec.

Dans les deux cas, le principe implicite de protection des droits des minorités, création récente de la Cour suprême du Canada, était au cœur du débat. Les contours évanescents de ce principe ne sont certes pas étrangers à la différence de résultats.

Si la Cour d'appel du Québec y a vu une réalité sociologique plus qu'un fait juridique, il n'en demeure pas moins que l'importance de certaines institutions pour la protection et la valorisation identitaires des minorités a été reconnue dans les deux cas.

Des motifs d'ordre juridique reliés à la puissance normative du principe de protection des droits des minorités, et une réalité différente vécue par les minorités en cause, peuvent expliquer en partie les arrêts rendus.

D'une part, la question de la puissance normative des principes constitutionnels implicites consacrés dans le Renvoi sur la sécession fait encore couler beaucoup d'encre chez les constitutionnalistes canadiens. L'existence de principes non écrits de common law est certes tout à fait familière dans un système de droit public de tradition britannique. C'est cependant l'attribution judiciaire d'une valeur constitutionnelle, au sens de supra-législative, à des principes implicites, qui pose problème. En effet, au moins depuis 1865, le principe de la suprématie des normes constitutionnelles au Canada s'est limité aux règles de droit écrit⁴², de façon à faciliter la certitude dans la hiérarchie des

41. *Ibid.* au para. 180.

42. *Colonial Laws Validity Act*, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63.

normes, et à encadrer un pouvoir judiciaire par ailleurs considérable, celui de déclarer inopérantes des lois adoptées par le Parlement fédéral ou les législatures provinciales. On comprend donc que les tribunaux soient prudents dans le maniement de ces nouveaux principes implicites à valeur supra-législative.

La Cour d'appel du Québec semble en avoir limité la portée au contexte de leur énonciation judiciaire, soit le contexte de la sécession du Québec. Elle a aussi limité leur champ d'opération, soit celui des «vides», et elle a refusé de les faire jouer de façon à limiter des pouvoirs expressément accordés dans la Constitution, dont le pouvoir des provinces sur les institutions municipales. On ne doit pas oublier que l'enjeu était ici de taille, soit la constitutionnalité d'une loi.

Dans l'affaire ontarienne, l'enjeu était plus modeste, soit la validité de directives administratives. La Cour a ici aussi joué de prudence dans le traitement du principe implicite de la protection des droits des minorités, s'en servant comme guide d'interprétation législative et comme paramètre d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

D'autre part, on ne doit pas oublier les contextes fort différents de la minorité anglophone au Québec et de la minorité francophone en Ontario. La première est majoritaire au Canada tout comme en Amérique du Nord, et a de surcroît été traditionnellement fort bien traitée par les institutions politiques québécoises. La seconde est aussi minoritaire au Canada et en Amérique du Nord, et est en voie de disparition progressive. Les enjeux sous-tendant ces deux causes étaient fort différents.

II – Cas de figure

1 - Les minorités et l'enseignement au Canada

L'économie générale de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* confère dans ses grandes lignes aux provinces la compétence de légiférer sur les matières «locales», alors que le Parlement fédéral se voit quant à lui confier les pouvoirs législatifs sur les matières d'intérêt «national». Or, l'éducation étant en 1867 considérée comme une matière «locale», ce sont les provinces qui se virent attribuer la compétence de légiférer en cette matière. La société canadienne

d'alors était toutefois marquée par deux clivages majeurs, l'un linguistique, entre francophones et anglophones, et l'autre religieux, entre Catholiques et Protestants. De manière générale, l'un recoupait l'autre, les francophones étant à peu près tous Catholiques, alors que les anglophones étaient surtout Protestants, encore que la très forte immigration irlandaise au dix-neuvième siècle devait quelque peu changer la donne à cet égard. Cette dynamique linguistico-religieuse prenait par ailleurs une dimension particulière en raison de la présence du Québec, seule province à majorité francophone et catholique. Pour le Québec, la création d'un État fédéral au sein duquel les provinces se verraient confier la compétence constitutionnelle en matière d'éducation constituait un moyen d'assurer la survie et l'épanouissement de la seule collectivité franco-catholique en Amérique du Nord capable de contrôler un État, fût-il simplement provincial. À cette exigence du Québec s'ajoutait la présence, dans les faits, de nombreuses communautés catholiques, surtout francophones, hors du Québec et d'une forte communauté protestante anglophone au Québec, ce qui compliquait encore la situation et rendait peu plausible la mise en place d'un régime de protection des minorités qui n'aurait procédé que d'une logique territoriale. Ces facteurs menèrent donc à la reconnaissance constitutionnelle de ce qui constitue pour l'essentiel un compromis politique acceptable à toutes les factions en présence.

C'est ainsi que si les provinces se virent bel et bien attribuer la compétence constitutionnelle exclusive de légiférer en matière d'éducation, cette compétence fut d'emblée limitée par des garanties profitant aux minorités religieuses catholiques et protestantes, et ce, aux termes de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴³. Ce choix de faire de la religion le point d'ancrage du régime de protection des minorités en matière d'éducation s'avéra toutefois problématique pour les minorités francophones hors Québec, qui firent vite l'objet de politiques assimilatrices dans plusieurs provinces. Ainsi, il fut jugé, en raison de la compétence provinciale exclusive en matière d'éducation, que l'Ontario pouvait valablement imposer l'anglais comme langue d'enseignement dans des écoles catholiques jusque-là francophones et que, sauf exception, la protection constitutionnelle offerte aux minorités religieuses ne s'étendait pas aux minorités linguistiques malgré certains recoupements entre ces deux

43. *Supra* note 6, art. 93.

groupes⁴⁴. Cette interprétation stricte fut confirmée encore récemment, cette fois dans une espèce provenant du Québec⁴⁵.

La protection des minorités en matière d'enseignement devait cependant prendre un tournant en 1982 lors de l'enchâssement dans la Constitution de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶, laquelle contient certaines dispositions influant sur le statut des minorités en matière d'enseignement. Il s'agit, en l'occurrence, de la liberté de religion⁴⁷, du droit à l'égalité⁴⁸ et de droits à l'instruction dans la langue des minorités de langues officielles⁴⁹.

L'effet principal de la reconnaissance constitutionnelle de la liberté de religion a été d'expurger les écoles publiques primaires et secondaires non confessionnelles des rituels religieux qui, malgré la désignation de ces écoles, y avaient cours. C'est ainsi qu'il fut jugé en Ontario qu'un règlement obligeant la récitation de prières chrétiennes ou la lecture de l'Évangile enfreignait la liberté de religion des élèves non chrétiens, et ce, même si ce règlement exemptait de cette obligation les élèves ne souhaitant pas participer à cet exercice. On estima en effet que la pression de pairs en majorité chrétiens inhiberait les élèves souhaitant se prévaloir de cette exemption. Autrement dit, bien qu'indirecte, la contrainte imposée aux élèves non chrétiens était suffisante pour porter atteinte à leur liberté de religion⁵⁰. On retient de cela que toute tentative de privilégier une religion au détriment des autres dans un réseau public non confessionnel est potentiellement inconstitutionnelle. Il en irait de même de toute velléité gouvernementale d'empêcher la création d'écoles religieuses séparées, même si le groupe religieux à l'origine de cette revendication ne dispose d'aucun statut constitutionnel particulier, c'est-à-dire

44. *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62.

45. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511.

46. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

47. *Ibid.*, alinéa 2a).

48. *Ibid.*, alinéa 15(1).

49. *Ibid.*, art. 23.

50. *Zylberberg c. Sudbury Board of Education* (1988), 65 O.R. (2^e) 641 (C.A. Ont.). Voir aussi, dans le même sens, *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario* (1990), 71 O.R. (2^e) 341 (C.A. Ont.), où un règlement imposant deux périodes hebdomadaires d'instruction religieuse chrétienne, mais prévoyant également la possibilité d'exemption pour les élèves non chrétiens, fut jugé inconstitutionnel.

qu'il n'est ni catholique ni protestant. Le cas échéant, le gouvernement ne serait cependant pas empêché de contrôler la qualification professionnelle des enseignants ou d'imposer l'enseignement de matières faisant partie d'un cursus applicable à l'échelle de la province⁵¹. Enfin, on ne saurait se plaindre, en se fondant sur la liberté de religion garantie dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la présence de rituels ou de symboles religieux dans une école confessionnelle.

Consacrant les droits de toute personne à l'égalité, le paragraphe 15(1) de cette même Charte a également servi de tremplin à des contestations constitutionnelles ayant trait au financement public de certains types d'établissements scolaires. On s'en est d'abord pris au financement public d'écoles confessionnelles visées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au motif que ce financement conférait un bénéfice inconstitutionnel à une religion particulière. Cet argument fut rejeté en raison du fait que la Constitution elle-même autorisait ce traitement préférentiel⁵², confirmant dès lors le principe voulant qu'une partie de la Constitution ne puisse être invoquée pour atténuer ou réduire à néant l'effet d'une autre⁵³. Cet arrêt ne mit pas fin aux revendications de groupes religieux estimant contestables les privilèges conférés aux confessions catholique et protestante. Ainsi, dans une espèce subséquente, des parents juifs et musulmans soutinrent que le refus par une province de financer leurs écoles privées contrevenait à la fois à l'alinéa 2a) et au paragraphe 15(1) de la Charte. Une majorité de juges de la Cour suprême du Canada leur donna tort, réitérant que le statut constitutionnel particulier conféré aux minorités catholiques et protestantes lors de la création de la fédération canadienne ne pouvait être étendu à d'autres groupes religieux, et ce, même en

51. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

52. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Il convient de noter ici que la *Charte canadienne des droits et libertés* elle-même prévoit, à son article 29, que «[l]es dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits et privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.» Toutefois, dans le Renvoi précité, la Cour suprême estima que le seul statut constitutionnel de l'article 93 suffisait à le prémunir contre les effets de la Charte et qu'en ce sens, l'article 29 de celle-ci n'ajoutait rien de nouveau.

53. Ce principe devait être réitéré avec plus de force encore dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, [1993] 1 R.C.S. 319.

présence du paragraphe 15(1)⁵⁴. Il s'ensuit que, sous réserve des droits reconnus à l'article 93, l'État n'est en principe soumis à aucune obligation constitutionnelle de financer des écoles religieuses, la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a) de la Charte étant du reste conceptualisée comme une liberté fondamentalement négative⁵⁵.

Comme on vient de le voir, l'édiction de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu en quelque sorte pour effet de laïciser le milieu scolaire, sauf dans la mesure où des garanties constitutionnelles particulières y faisaient obstacle. Mais, s'agissant de la protection des minorités dans le domaine de l'enseignement, le changement le plus important qu'a entraîné la Charte a sans doute bénéficié aux minorités de langue anglaise ou française. De fait, ne disposant que d'une protection au mieux aléatoire et indirecte avant la Charte, leurs membres ont, après l'édiction de celle-ci, vu leurs droits à l'instruction dans leur langue consacrés et élargis. Du reste, ces deux langues ont été formellement reconnues dans cette Charte comme les langues officielles du Canada⁵⁶.

L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pose en effet le principe que tout citoyen canadien membre de la minorité anglophone au Québec ou d'une minorité francophone dans les autres provinces a le droit de faire instruire ses enfants dans sa langue aux niveaux primaire et secondaire. Fait à noter, les droits consacrés à l'article 23 sont intangibles en ce sens qu'une législature provinciale ne saurait utiliser la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la Charte pour y passer outre⁵⁷.

Conférés aux parents⁵⁸, ces droits ne sont toutefois pas absolus. En effet, aux termes de l'alinéa 23(1)a), seuls les parents dont la langue maternelle est le français ou l'anglais peuvent invoquer ce droit. Mais non seulement faut-il

54. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

55. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

56. *Supra* note 46 au para. 16(1).

57. *Ibid.*, art. 33.

58. Il découle de ceci qu'un parent francophone d'un enfant unilingue anglophone issu d'un mariage mixte pourrait invoquer l'article 23, même si son enfant parle peu ou prou le français.

démontrer que la première langue apprise ait été le français ou l'anglais, on doit également prouver que cette langue est encore «comprise». Il convient au surplus de noter que l'alinéa 23(1)a ne s'appliquera au Québec que lorsque son assemblée législative le décidera, ce qui n'a pas encore été fait⁵⁹. Il en découle que pour qu'un parent anglophone puisse faire instruire ses enfants en anglais au Québec, il faut qu'il satisfasse aux autres conditions prévues à l'article 23, sa seule langue maternelle n'étant pas déterminante à cet égard. Cette exception s'explique par le fait que le Québec a été la seule province à ne pas accepter le résultat des négociations ayant mené à l'enchâssement de la Charte dans la Constitution du Canada. Or, dans la mesure où cette disposition aurait pour effet d'ouvrir l'école anglaise à toute personne établie au Québec dont la langue maternelle est l'anglais, on a estimé que les conséquences politiques de l'imposition au Québec de cette disposition auraient été telles qu'il était préférable de laisser à la législature québécoise le loisir d'y souscrire ou non.

Le droit échéant aux parents anglophones et francophones de faire instruire leurs enfants dans leur langue s'étend par ailleurs à ceux qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada⁶⁰. Ce droit échoit donc à tout parent ayant fréquenté l'école primaire anglaise ou française au Canada et qui s'établit dans une province où cette langue est minoritaire. Il s'agit là de la «clause Canada», qui a été adoptée pour faire échec aux lois linguistiques québécoises en vigueur lors de l'édiction de la Charte, lesquelles restreignaient l'accès à l'école anglaise aux seuls enfants dont les parents avaient fréquenté l'école primaire anglaise au Québec. Une fois celle-ci adoptée, les dispositions en question de la *Charte de la langue française*⁶¹ furent invalidées par la Cour suprême du Canada pour cause de non-conformité avec l'alinéa 23(1)b de la Charte canadienne⁶². Ce droit à l'instruction dans la

59. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11 au para. 59(2).

60. *Supra* note 46, al. 23(1)b).

61. L.R.Q. c. C-11.

62. *Québec (P.G.) c. Commission des écoles protestantes du Québec*, [1984] 2 R.C.S. 66. Le régime linguistique québécois n'en continue pas moins de restreindre l'accès à l'école anglaise, sous réserve des dispositions constitutionnelles pertinentes. Ainsi, des parents francophones qui souhaiteraient envoyer leurs enfants à l'école anglaise et qui ne sauraient se prévaloir d'aucun des cas d'ouverture prévus à l'article 23 de la Charte canadienne seraient empêchés de le faire.

langue officielle minoritaire trouve enfin application dans le cas où des parents anglophones ou francophones ont déjà un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire au Canada dans une de ces langues. Le cas échéant, ils ont droit que tous leurs enfants reçoivent leur éducation dans la même langue s'ils déménagent dans une province où cette langue est minoritaire⁶³.

Au-delà de ces tempéraments qui limitent d'entrée de jeu la portée du droit à l'instruction dans une langue officielle minoritaire, d'autres dispositions précisent encore un peu plus cette portée. Ainsi, le paragraphe 23(2) de la Charte canadienne prévoit-il que ce droit s'exerce là où le nombre le justifie et que, le cas échéant, il comprend celui de faire instruire les enfants dans des établissements financés par des fonds publics. En ce qui a trait au critère du nombre, la Cour suprême du Canada a statué que celui-ci garantissait aux minorités linguistiques différents niveaux de droits et de services selon le nombre d'élèves en cause dans chaque espèce⁶⁴, ces droits ou services pouvant dans le concret aller d'un simple service d'autobus vers une école de langue minoritaire à la création d'un conseil scolaire francophone ou anglophone autonome, en passant par une représentation minoritaire obligatoire au conseil scolaire⁶⁵. On retient de cela que plus le nombre d'élèves de langue minoritaire est élevé, plus les tribunaux se montreront ouverts à une gestion et un contrôle autonomes par les minorités de leurs écoles. En ce qu'elle établit un lien entre l'épanouissement culturel des minorités de langues officielles et le contrôle par elles de leurs écoles, la jurisprudence de la Cour suprême se révèle d'ailleurs de plus en plus favorable à l'extension des droits scolaires de ces minorités⁶⁶. Cette politique judiciaire s'avère particulièrement avantageuse pour les minorités francophones qui, en raison de leur faible poids démographique et politique, sont plus souvent susceptibles d'être visées par des mesures niant, directement ou indirectement, leurs droits.

63. *Supra* note 46 au para. 23(2).

64. *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

65. *Ibid.* Voir aussi : *Re Public Schools Act (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839.

66. Voir : *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

2 - Les minorités et le multiculturalisme

L'article 27 de la Charte canadienne dispose que «toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.» Qu'est-ce à dire? Peu de choses, sinon que cette disposition a sans doute une plus grande portée symbolique que juridique au sens strict. Elle ne constitue en effet qu'une disposition interprétative ne créant aucun nouveau droit substantiel⁶⁷.

Qui plus est, elle ne joue aucun rôle dans la délimitation du contenu intrinsèque des droits et libertés garantis dans la Charte⁶⁸. Ainsi, dans une espèce où il s'agissait entre autres de savoir si la propagande haineuse constituait une expression protégée au sens de l'alinéa 2b) de la Charte (garantissant à chacun la liberté d'expression), la Cour suprême du Canada nota que bien que cette forme d'expression batte en brèche les valeurs véhiculées par l'article 27, cela n'était pas en soi suffisant pour lui conférer un rôle qu'elle est appelée à jouer à un autre stade, en l'occurrence à celui de l'évaluation du caractère raisonnable des limites que pose la mesure attaquée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. L'article premier de la Charte canadienne prévoit en effet que cette Charte «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.» C'est à ce stade, où le fardeau de la preuve retombe sur l'État, que le principe de multiculturalisme pourra influencer sur le sort du litige. Par exemple, la Cour suprême s'est réclamée de l'article 27 de la Charte pour confirmer la constitutionnalité d'une disposition criminalisant la diffusion de propagande haineuse, soulignant notamment «que les messages constituant de la propagande haineuse portent atteinte à la dignité et à l'estime de soi des

67. *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406 (C.A.).

68. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Voir aussi: *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825. Toutefois, dans des arrêts antérieurs où il s'agissait notamment de préciser les limites de la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a), la Cour avait invoqué l'article 27 pour affirmer la nécessité de donner une définition très large à cette liberté. Voir : *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edwards Books and Art c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 713.

membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribuent à semer la discorde entre divers groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité.»⁶⁹

Comme principe d'interprétation, la promotion du maintien et de la valorisation du patrimoine multiculturel canadien emporte donc minimalement que toute mesure gouvernementale qui viserait à s'opposer à l'exercice par les membres d'un groupe minoritaire d'un droit ou d'une liberté dont ils sont par ailleurs titulaires en vertu de la Charte et qu'ils entendent exercer à des fins de perpétuation ou d'épanouissement d'une culture minoritaire serait vue avec une suspicion accrue par les tribunaux. Cependant, une mesure gouvernementale qui enfreindrait un droit ou une liberté quelconque dans le but de promouvoir une plus grande tolérance envers les minorités pourrait à l'inverse prendre appui sur l'article 27 afin de faire échec à une contestation constitutionnelle.

Sur le plan juridique, il importe de retenir que le multiculturalisme dont la Charte canadienne fait l'apologie demeure fondamentalement un multiculturalisme libéral qui, bien qu'il légitime les tentatives bien tempérées de maintien de certaines différences culturelles, religieuses ou ethniques, n'en rejette pas moins toute velléité de séparatisme identitaire radical. Extrêmement prudente, la politique juridique des tribunaux canadiens à l'égard de l'article 27 de la Charte a en somme fourni bien peu de munitions à ceux qui recherchaient une légitimation judiciaire d'idéologies radicalement différentialistes.

L'article 27 de la Charte canadienne constitue le point culminant d'une politique officielle amorcée au début des années soixante-dix, notamment par l'édiction de la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, laquelle fait pour l'essentiel obligation à l'administration fédérale de tenir compte et de favoriser le multiculturalisme dans ses décisions⁷⁰. Cette politique multiculturaliste, et avec elle l'article 27, a cependant suscité des débats récurrents dans l'arène politique, étant donné les multiples appropriations dont elle a fait l'objet. S'inscrivant dans une double dynamique de revendication et de

69. *Canada (C.D.P.) c. Taylor, ibid.* à la p. 919.

70. L.R.C. 1985, c. C-18.7.

fondamentalisation des droits subjectifs, celles-ci ont parfois donné lieu à de considérables exagérations quant à l'impact réel du multiculturalisme juridique au Canada. Ainsi, alors que certains activistes estiment, à tort, que le multiculturalisme officiel, tel que consacré à l'article 27, leur permet d'appréhender tout phénomène, juridique ou autre, à travers un prisme culturaliste, d'autres le dénoncent sous prétexte qu'il légitimerait constitutionnellement la création de ghettos et minerait indûment les possibilités d'un dialogue démocratique transculturel. S'il n'entre pas dans le propos de cette étude d'analyser en profondeur ces débats, il convient néanmoins de signaler la dimension idéologique des appropriations ou des critiques du multiculturalisme officiel au Canada. Les observateurs de l'évolution constitutionnelle de ce pays ne sauraient toutefois en être étonnés, puisque, dès ses origines, la politique multiculturaliste menée par le gouvernement canadien a visé à faire échec à une autre vision du pays, celle-là axée sur le biculturalisme anglais-français et qui concevait le Canada comme un «pacte» entre deux nations, l'une française, l'autre anglaise.

3 - Les minorités et les libertés publiques

Au-delà des quelques dispositions constitutionnelles explicites ayant pour vocation d'assurer la protection de certaines minorités particulières, le droit constitutionnel canadien fait également découler des libertés publiques et des droits fondamentaux qu'il consacre une protection indirecte bénéficiant aux minorités ethniques, linguistiques ou religieuses. Ces droits et libertés sont principalement garantis dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui ne s'applique que lorsqu'une action gouvernementale est en cause⁷¹, ainsi que dans des codes provinciaux des droits de la personne, qui, quant à eux, s'appliquent généralement aussi bien au secteur privé qu'au secteur public. On compte parmi les libertés protégées les libertés de conscience et de religion⁷², de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression⁷³, de réunion pacifique⁷⁴ et d'association⁷⁵. Par ailleurs, le droit fondamental le plus susceptible de servir de tremplin aux

71. *Supra* note 46, art. 32.

72. *Ibid.*, alinéa 2a).

73. *Ibid.*, alinéa 2b).

74. *Ibid.*, alinéa 2c).

75. *Ibid.*, alinéa 2d).

revendications de minorités ethniques ou religieuses est le droit à l'égalité consacré au paragraphe 15(1) de la Charte, lequel se lit comme suit : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.» Le paragraphe (2) du même article légitime également certains programmes de promotion sociale («discrimination positive»).

Cela dit, quelle protection les droits de la personne confèrent-ils aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques? Nous n'insisterons ici que sur les éléments les plus importants. Soulignons tout d'abord que la liberté de religion, à laquelle la Cour suprême a conféré une très large portée, est en cause dès lors qu'un individu croit sincèrement qu'un précepte religieux lui impose ou lui interdit de poser un geste quelconque, ou lorsqu'une mesure quelconque empêche ou restreint l'exercice d'une pratique essentielle à sa religion. Par exemple, la décision d'un parent Témoin de Jéhovah de refuser qu'une transfusion sanguine soit administrée à son enfant malade tombe sous la coupe de sa liberté de religion, même si l'État, veillant aux intérêts de l'enfant, peut néanmoins agir à son encontre, dans les limites prévues à l'article premier⁷⁶. La Cour suprême du Canada a donc refusé de restreindre la portée de la liberté de religion à l'étape de la détermination de ses limites intrinsèques, préférant plutôt en circonscrire les limites au stade de l'évaluation des justifications avancées par l'État au soutien de la mesure qui est attentatoire à cette liberté. Cela emporte que, sous l'angle de la preuve, le fardeau le plus lourd incombe à l'État plutôt qu'à la victime de la violation. Les conflits entre la liberté de religion et tout autre droit invoqué concurremment sont donc arbitrés sous l'empire de l'article premier. Nous renvoyons nos lecteurs à la section portant sur les minorités et l'enseignement pour d'autres considérations sur la liberté de religion. Ajoutons toutefois que l'exercice d'une religion a des incidences qui peuvent également être appréhendées sous l'angle des droits à l'égalité. Les tribunaux canadiens ont en effet confirmé qu'une obligation «d'accommodement», bénéficiant aux personnes affectées de manière préjudiciable dans l'exercice de leur liberté de religion par une norme à première vue neutre, incombait aux organisations

76. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

publiques ou privées. Le simple fait que cette norme ait un effet différent sur cette personne suffit à conclure à la présence de discrimination et fait naître l'obligation d'accommodement, à moins que l'organisation en cause ne démontre que cet «accommodement» lui imposerait une contrainte excessive⁷⁷.

Qu'en est-il, en second lieu, de la liberté d'association? Qu'il suffise ici de dire que cette liberté appartient aux individus et non aux groupes qu'ils constituent⁷⁸ et comprend non seulement le droit positif de s'associer mais également celui de ne pas s'associer, encore que les contours de ce dernier ne fassent pas l'unanimité⁷⁹. Fait intéressant du point de vue des membres de groupes minoritaires, la liberté d'association protège le droit de s'associer à des fins politiques⁸⁰.

La liberté d'expression présente aussi un intérêt particulier dans le cadre de cette brève étude puisque la protection de certains groupes jugés particulièrement vulnérables peut parfois mener l'État à restreindre cette liberté. Tel fut le cas du Québec qui, pour contrer l'influence de l'anglais, langue dominante au Canada et en Amérique du Nord s'il en est, adopta à la fin des années soixante-dix la *Charte de la langue française* qui faisait du français la seule langue officielle de cette province. Cette loi procédait – et procède encore – d'une logique foncièrement collectiviste en vertu de laquelle la survie et l'épanouissement d'un groupe majoritaire sur un territoire donné mais largement minoritaire dans l'ensemble du pays justifient l'imposition de certaines restrictions à la liberté individuelle non seulement des membres de ce groupe mais aussi des autres citoyens établis sur ce territoire mais qui ne partagent pas les principales caractéristiques ethnolinguistiques du groupe qui y est majoritaire.

C'est dans cet esprit, et plus particulièrement afin de préserver le «visage linguistique» du Québec, que la première mouture de la *Charte de la langue française* imposa l'unilinguisme français dans l'affichage public. Pour mémoire, précisons que l'anglais a longtemps été présent dans l'affichage public

77. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

78. *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.

79. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209 (C.S.C.).

80. *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

au Québec, surtout en matière commerciale, au point parfois d'être la langue dominante ou même la seule langue employée! C'est donc pour renverser cette tendance que le législateur québécois avait jugé bon d'intervenir et d'imposer l'unilinguisme français à la fin des années 1970. Mais des membres de la minorité anglophone qui refusaient à leur tour de voir leur propre visage linguistique effacé de l'espace public invoquèrent que l'interdiction d'afficher dans une langue autre que le français brimait leur liberté d'expression garantie dans la *Charte canadienne de droits et libertés*. Après avoir signalé que cette liberté protégeait également la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême du Canada statua que l'exigence d'unilinguisme français portait atteinte à cette liberté d'une manière qui ne pouvait se justifier dans une société libre et démocratique, le choix de la langue d'affichage ayant une dimension symbolique et psychologique qui va bien au-delà des considérations a priori économiques inspirant l'affichage commercial⁸¹. Cependant, il fut décidé qu'exiger la présence du français sur des documents commerciaux sans pour autant proscrire celle d'autres langues constituait une limite raisonnable à la liberté d'expression⁸². Fait à noter, la Cour suprême signala dans ces arrêts que le gouvernement du Québec pouvait légitimement légiférer afin de protéger le français, élément essentiel de la spécificité de cette province mais aussi langue vulnérable en raison d'une dynamique linguistique qui lui est globalement défavorable autant au Canada que dans le reste de l'Amérique du Nord.

Du reste, des mesures législatives visant à protéger des groupes estimés vulnérables, qu'il s'agisse de groupes minoritaires sur le plan démographique ou minorisés à l'échelle sociale, feront en principe l'objet d'un contrôle judiciaire moins strict et pourront par conséquent être plus facilement justifiées par l'État sous l'empire de l'article premier de la *Charte canadienne*⁸³. De fait, la Cour suprême accorde une plus grande latitude au législateur lorsqu'il s'agit d'identifier de tels groupes vulnérables et d'intervenir afin de les protéger ou d'améliorer leur condition. Dans le concret, cela signifie que la contestation constitutionnelle d'une telle intervention au motif qu'elle restreint indûment une liberté fondamentale risquera de s'avérer plus ardue puisque cette intervention est faite au nom de valeurs protégées par la *Charte* elle-même. Ainsi, tel que

81. *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

82. *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790.

83. *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

mentionné précédemment, il a été jugé que la protection de certains groupes ethniques, religieux ou raciaux contre les effets pernicioeux de la propagande haineuse dirigée à leur endroit justifiait la criminalisation de ce type de propagande et permettait que soit restreinte la liberté d'expression des individus s'y livrant⁸⁴.

On le voit, l'approche préconisée par les tribunaux canadiens en ce qui a trait au recours aux libertés publiques pour protéger les minorités est en quelque sorte à géométrie variable : autant l'affirmation de certaines libertés que la restriction d'autres peuvent, selon le contexte, contribuer à la réalisation de cet objectif légitime. L'interprétation que donne la Cour suprême aux droits à l'égalité garantis à l'article 15 de la Charte est de la même eau. Mise en œuvre de manière à tenir compte de tous les facteurs sociaux pertinents compte tenu du contexte de chaque espèce, cette disposition constitutionnelle est interprétée de manière concrète plutôt que simplement formelle, de sorte que, parfois, un traitement différent pourra être jugé comme étant plus susceptible de favoriser l'égalité d'un groupe qu'un traitement similaire⁸⁵. Visant autant la discrimination directe qu'indirecte et même systémique, l'objectif fondamental de l'article 15 est de s'assurer que tous soient traités sans discrimination fondée sur un motif expressément prohibé ou analogue à ceux qui le sont⁸⁶, de telle manière que soit respectée leur égale dignité humaine⁸⁷. Cela dit, si les minorités ethniques ou religieuses sont expressément visées par cette disposition, les minorités linguistiques ne le sont pas. Or, si la langue pourrait certes constituer un motif analogue de discrimination dans certains cas, force est cependant de constater que les tribunaux canadiens se sont montrés plutôt enclins à concrétiser le principe d'égalité linguistique entre citoyens francophones et anglophones en se fondant sur d'autres dispositions de la Constitution, dont certaines ont déjà fait l'objet de commentaires.

84. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

85. *Weatherall c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872.

86. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

87. *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497.

4 - Le cas particulier des peuples autochtones

Les peuples autochtones occupent une place à part dans la société canadienne. Deux remarques s'imposent d'emblée à leur égard. D'une part, on ne saurait ignorer les distinctions qui existent entre chacune des très nombreuses nations autochtones présentes sur le territoire canadien. D'autre part, malgré ces différences, leur histoire et leur évolution ont été marquées de façon indélébile par les relations, la plupart du temps difficiles, qu'elles ont entretenues avec les colons européens qui se sont établis au Canada depuis le dix-septième siècle.

Lors de la création de la fédération canadienne en 1867, le Parlement fédéral s'est vu attribuer la compétence constitutionnelle de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens»⁸⁸. Il a exercé cette compétence dès 1876 en adoptant un *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*⁸⁹, devenu depuis la *Loi sur les Indiens*⁹⁰. Pour l'essentiel, cette loi pose les critères pour obtenir le statut d'«Indien», lequel confère certains privilèges comme celui d'habiter sur une réserve. Cela dit, on peut être «autochtone» et reconnu comme tel par ses pairs sans nécessairement être un «Indien» visé par cette loi. Tel est le cas, par exemple, des Inuits. Par ailleurs, le Parlement fédéral a pu, par le biais de sa compétence sur les Indiens, légiférer à leur égard sur des matières qui, normalement, relèvent de la compétence des provinces, comme en matière de succession et de sûretés immobilières. Cela dit, les lois provinciales d'application générale s'appliquent néanmoins aux Indiens, à moins qu'elles n'aient trait à la définition de la quiddité indienne, auquel cas elles seraient inconstitutionnelles, ou qu'elles entrent en conflit avec une loi fédérale, auquel cas la règle de la primauté du droit fédéral s'appliquerait.

Le titre originel de la *Loi sur les Indiens* indique d'une certaine façon le sort qu'on a longtemps voulu réserver aux autochtones. En effet, on les a considérés pendant plusieurs décennies comme des «sauvages» bons à civiliser, donc à assimiler, ou, c'est selon, à reléguer à la marge de la société. Or, si le droit légiféré a servi d'outil privilégié afin de mettre en œuvre de telles politiques, le droit prétorien, pour sa part, a en quelque sorte agi comme

88. *Supra* note 6 au para. 91(24).

89. 1876, S.C. 39 Vict., c. 18.

90. L.R.C. 1985, c. I-5.

contrepoids en reconnaissant aux autochtones des droits ancestraux découlant de leur occupation antérieure du territoire⁹¹, en donnant effet à des traités conclus entre certaines nations autochtones et la Couronne⁹² et en reconnaissant l'existence d'une «obligation fiduciaire» incombant à la Couronne dans l'exercice de ses responsabilités à l'égard des autochtones⁹³. Fondée sur la relation de confiance devant exister entre les peuples autochtones et la Couronne, cette obligation, exécutoire en droit, exige de cette dernière qu'elle agisse de manière à assurer aux autochtones la jouissance de leurs droits ancestraux et l'usage de leurs terres ou, plus généralement, que toute action susceptible d'affecter cette jouissance ou cet usage bénéficie en bout de ligne aux nations autochtones concernées. Réduite à sa plus simple expression, l'obligation fiduciaire de la Couronne implique que cette dernière agisse avec bonne foi et loyauté dans l'optique de protéger les intérêts de ces nations⁹⁴.

Échelonnées sur plusieurs décennies, ces interventions judiciaires se sont cependant avérées insuffisantes à bien des égards pour protéger adéquatement les droits des peuples autochtones. La situation devait toutefois être radicalement transformée avec l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoit notamment à son paragraphe 35(1) que «[l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.» Cette confirmation constitutionnelle des droits des peuples autochtones, définis ici comme comprenant les Indiens, les Métis et les Inuits, a donné une impulsion nouvelle aux revendications autochtones au Canada.

À la lumière d'une série d'arrêts de la Cour suprême, on peut résumer ainsi les droits dont disposent, en vertu de la Constitution, les peuples autochtones du Canada. Premièrement, ceux-ci peuvent exercer leurs droits ancestraux, lesquels découlent du fait que ces peuples constituaient, avant le contact avec les Européens, des entités autonomes qui occupaient l'essentiel du territoire de ce qui est aujourd'hui le Canada. Ces droits ancestraux protègent

91. Voir entre autres : *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

92. Voir entre autres : *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

93. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

94. *Bande indienne de Wewaykum c. Canada* (2002), CSC 79 (6 décembre 2002).

les pratiques, coutumes ou traditions jouant un rôle central dans la culture du peuple autochtone les revendiquant. Fait important, la pratique, coutume ou tradition doit remonter à la période précédant le contact, de sorte que celles ayant émergé après cette période ne reçoivent aucune protection constitutionnelle aux termes de l'article 35⁹⁵. Pareille exigence a été sévèrement critiquée au motif qu'elle tend à fossiliser et à nier les possibilités d'évolution des cultures autochtones. Deuxièmement, cet article 35 a conféré une protection accrue aux droits autochtones découlant de traités anciens ou modernes. Une interprétation large doit être donnée au mot «traité» et, au surplus, un tel traité doit, en cas d'ambiguïté, être interprété en faveur de la partie autochtone⁹⁶. Troisièmement, cette disposition constitutionnelle protège également le titre aborigène, lequel confère un droit collectif *sui generis* d'occupation exclusive d'un territoire à un peuple autochtone capable de démontrer par différents moyens de preuve, y incluant des récits ou des légendes, qu'il occupait ce territoire avant que la Couronne n'affirme sa souveraineté sur lui. À ce droit d'occupation s'adjoignent divers droits liés à l'usage de ce territoire⁹⁷. Le titre aborigène est par ailleurs inaliénable, sauf en faveur de la Couronne.

Précisons à cet égard qu'autant les droits ancestraux que ceux découlant de traités ou protégés par le titre aborigène peuvent être éteints. Toutefois, à l'inverse de la situation prévalant avant l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'extinction unilatérale de ces droits par une simple loi du Parlement fédéral est désormais impossible. Au contraire, la jurisprudence rendue en vertu de l'article 35 pose que ces droits ne peuvent être éteints, d'une part, que si leurs titulaires, c'est-à-dire les peuples autochtones concernés, y consentent, généralement dans un traité signé avec la Couronne, ou, d'autre part, que si un amendement constitutionnel portant extinction de ces droits est adopté. Or, même si les peuples autochtones ne sont pas des acteurs constitutionnels directement impliqués dans le processus d'amendement constitutionnel, le consentement de la Couronne fédérale à l'extinction de leurs droits sans les avoir préalablement consultés constituerait vraisemblablement une violation de

95. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 335. Cependant, les simples changements quant à la manière de réaliser une activité qui serait par ailleurs qualifiée de «droit ancestral» ne feront pas obstacle à cette qualification.

96. Voir entre autres : *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

97. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

son obligation fiduciaire. Cela dit, l'impossibilité d'éteindre unilatéralement ces droits n'emporte pas comme conséquence que l'État ne puisse, dans une certaine mesure, en restreindre l'exercice. Toute telle restriction doit cependant être justifiée par un objectif législatif important et être opérée en tenant compte des obligations fiduciaires de la Couronne envers les autochtones concernés⁹⁸. Le fait que ces derniers aient été consultés, que la restriction soit relativement minime ou qu'une compensation quelconque ait été versée constitueront des facteurs à considérer en vue de déterminer si la restriction en cause est justifiable⁹⁹.

Les importants développements jurisprudentiels survenus depuis 1982 ont incité les gouvernements canadiens à modifier leur approche vis-à-vis des peuples autochtones présents sur le territoire du Canada et à établir des partenariats fondés sur la coopération et l'égalité plutôt que sur la subordination. À cet égard, leur plus grand défi est probablement de trouver des moyens de concrétiser les revendications autochtones ayant trait à l'autonomie gouvernementale et qui s'appuient dans une large mesure sur l'article 35 de la Constitution. Des ententes, comme le Traité Nisga'a, ont déjà été conclues en ce sens. Mais si l'action des tribunaux a certes pu paver la voie à de telles ententes, il reste que c'est vraiment aux acteurs politiques autochtones, fédéraux et provinciaux, qu'il appartient de réaliser la promesse d'autonomie gouvernementale contenue dans l'article 35. Surtout, c'est à eux qu'incombe la tâche de défendre ces ententes contre ceux qui associent démagogiquement la reconnaissance de droits spécifiques aux autochtones à une contravention du principe d'égalité.

98. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

99. Voir : R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing Ltd., 2001.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT DE LA FAMILLE ET LES MINORITÉS

Auteur(s) : Benoît MOORE

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 229-260

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12284>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12284>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT DE LA FAMILLE ET LES MINORITÉS*

par Benoît MOORE**

SOMMAIRE

I.	LES MINORITÉS RELIGIEUSES	232
A.	LA NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT ET L'UNION	233
B.	LA LIBERTÉ D'EXERCICE ET LES ENFANTS	239
II.	COMPORTEMENTS SEXUELS MINORITAIRES	246
A.	HOMOSEXUALITÉ	246
1.	L'union homosexuelle	247
2.	L'«homoparentalité»	252
B.	LE TRANSSEXUALISME	254

*. Exposé présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

**. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat au Barreau du Québec. L'auteur tient à remercier ses collègues Christianne Dubreuil et Adrian Popovici pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure du présent texte. Quoiqu'il tienne compte de la loi sur l'union civile entrée en vigueur le 24 juin 2002, le présent texte est à jour, pour l'essentiel, au 1^{er} juin 2002.

Dans son ouvrage le *Vocabulaire juridique*, le professeur Cornu relève trois sens au terme minorité¹. Le premier, référant à la minorité de la personne, doit immédiatement être écarté. Restent les deux autres. L'un vise la minorité dans une assemblée délibérante ou, pourrait-on ajouter, dans tout corps déterminé et réfère au groupe qui, inférieur en nombre, ne peut en principe pas contrôler les destinées de ce corps constitué; tel est, par exemple, le cas de l'actionnaire ou du copropriétaire minoritaire. L'autre sens est celui qui intéresse tout particulièrement le droit international et les libertés publiques et réfère à un «[g]roupe d'individus [...] qui forme une véritable communauté caractérisée par ses particularités ethniques, linguistiques et religieuses et se trouve en état d'infériorité numérique au sein d'une population majoritaire vis-à-vis de laquelle elle entend préserver son identité»².

Dans le cadre du sujet qui est le nôtre, le droit de la famille, le seul sens qui semble devoir retenir notre attention, est le dernier. La protection d'une minorité intérieure à un corps constitué, qui serait ici la famille, est en effet difficile à imaginer puisque les relations du groupe familial sont binaires : le couple, nécessairement deux personnes³, ne peut véhiculer une logique de protection de la minorité, à moins d'étendre encore la définition de ce terme et d'en supprimer l'élément du nombre⁴. Il est alors possible de dire que, dans le couple, est minoritaire le conjoint économiquement plus faible ou, jadis la femme, juridiquement plus faible, la protection de cette «minorité» se réalisant alors par des règles imposant une égalité de droit et favorisant une égalisation

-
1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., Paris, PUF, 2000 à la p. 554. Sur la définition de la minorité, voir également : J. Deschênes, «Qu'est-ce qu'une minorité?» (1986) 27 C. de D. 255; G. Koubi, «Penser les minorités en droit», dans A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit des minorités – Analyses et texte*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2000 aux pp. 385, 392 et s.
 2. G. Cornu, *supra* note 1.
 3. Quant à la famille incluant les enfants, le corps familial lui-même n'a pas de réalité; les relations concernent les membres de celle-ci et, encore là, les relations sont binaires. À la limite, nous pourrions parler du conseil de famille qui doit prendre ses décisions à la majorité (art. 234 C.c.Q.) mais l'intérêt nous semble limité.
 4. Ce qui est certes possible, le critère de la minorité numérique ne s'imposant pas toujours : G. Koubi, *supra* note 1 à la p. 393; J. Deschênes, *supra* note 1 aux pp. 270-271.

économique. Mais ce sens nous semble trop large et nous amènerait à traiter de sujets qui l'ont été lors des Journées franco-belges portant sur la discrimination⁵.

Nous retenons donc le dernier sens du terme «minorité» et entendons voir comment les groupes minoritaires de la société font valoir leurs intérêts dans le cadre des relations familiales. Pour les fins du présent texte, nous ajouterons aux minorités *stricto sensu* [religieuses, ethniques ou linguistiques] certains groupes considérés comme «vulnérables». Nous examinerons donc⁶ l'implication des minorités religieuses (I) et, essentiellement – car le sujet est d'actualité – des comportements sexuels minoritaires (II) dans le droit de la famille.

I. LES MINORITÉS RELIGIEUSES

Tant la Charte canadienne⁷, à son article 2(a), que la Charte québécoise⁸, à son article 3, reconnaissent à tout citoyen la liberté de religion et de conscience, ces deux dispositions étant essentiellement libellées de la même façon et recevant la même signification. Cette liberté comprend deux éléments, soit, premièrement, la liberté d'exercice, c'est-à-dire le droit d'exercer, de manifester son dogme religieux ainsi que le droit de ne pas être contraint à violer celui-ci et, deuxièmement, une obligation de neutralité pour l'État qui ne doit pas favoriser une religion par rapport à une autre⁹. Cette protection, qui ne garantit pas uniquement les croyances religieuses mais également, sous le vocable de la liberté de conscience, «[...] les convictions morales, laïques, de

5. Voir notre rapport : B. Moore, «La discrimination dans le droit de la famille – Rapport québécois» dans J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, dir., *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 265.

6. Nous avons mis de côté la question des minorités ethniques ou des peuples autochtones. Le sujet présente tout de même un intérêt, dans le contexte canadien et québécois, puisque certaines règles particulières, en matière de mariage ou d'adoption, s'appliquent à ces communautés. Sur ce sujet, voir : J. Woodward, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1994, chapitre 15.

7. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

9. Sur le contenu de la liberté de religion et ses deux composantes, voir : J. Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325.

nature éthique, humanitaire ou philosophique [...]»¹⁰, doit nécessairement avoir un impact non négligeable dans la famille, corps social principal où se véhiculent et se pratiquent ces convictions de toutes sortes. Il est donc intéressant de voir comment ces pratiques religieuses dans un sens large peuvent être protégées ou encore, à l'inverse, limitées dans le contexte familial. La minorité prend ici tout son sens; comment assurer que soit protégées les «[...]minorités religieuses contre la menace de “tyrannie de la majorité”»¹¹? Cette problématique est d'autant plus pertinente que, dans une société où la religion joue bien souvent, et de plus en plus, un rôle marginal, on peut penser que même celui qui invoque les pratiques du dogme majoritaire pourrait invoquer sa liberté de religion ou de conscience. Voyons successivement l'union (A), puis les enfants (B).

A. LA NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT ET L'UNION

En cette matière, il ne nous intéresse pas d'étudier l'impact de la religion sur les composantes du couple, mais plutôt sur l'union elle-même, tant dans sa formation que dans sa désunion. Nous verrons que, malgré le caractère civil et séculier de l'union – et de la désunion – la religion ne peut en être totalement évincée, posant par le fait même le problème de la neutralité de l'État.

L'union. La célébration du mariage au Québec a, historiquement, été l'apanage du religieux. Compte tenu de la réalité politico-religieuse particulière du Bas-Canada, le maintien de l'exercice de la religion catholique, qui avait été garantie par l'*Acte de Québec*¹², et tout particulièrement de la célébration du mariage – qui, avant la conquête, était le monopole de l'Église catholique¹³,

10. *Supra* note 9 à la p. 384.

11. *R. c. Big Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 337.

12. *Constitution de 1774 (Acte de Québec)*, 14 Geo. III, c. 83 (1774), art. 5. Pour une traduction française de ce texte: J.-Y. Morin, J. Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours – Études suivies d'un recueil de textes*, Montréal, Thémis, 1992 à la p. 645.

13. C.E. Dorion, «La loi du mariage dans la Province de Québec» dans BARREAU DE MONTRÉAL, *Le droit civil français – Livre souvenir des journées du droit civil français*, Paris et Montréal, Sirey et Barreau de Montréal, 1936 aux pp. 111-112.

monopole ensuite partagé avec l'Église protestante¹⁴ –, a été un enjeu important lors des discussions devant mener à la fédération. Pour ces raisons, la célébration du mariage, contrairement au mariage lui-même et au divorce, allait être de compétence provinciale afin de satisfaire l'Église catholique très majoritaire et très influente au Québec¹⁵. Le *Code civil du Bas-Canada*, adopté une année avant la fédération, reconnaissait quant à lui un caractère nécessairement religieux à la célébration du mariage¹⁶. L'article 129 C.c.B.C. – reprenant le droit en vigueur¹⁷ – prévoyait que le mariage était célébré par «[...] tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder des registres de l'état civil». Les conditions du mariage reprenaient essentiellement les conditions religieuses, mais en cas de disparité – par exemple le remariage d'un divorcé – l'article 129 prévoyait que le célébrant religieux ne pouvait être forcé de célébrer un mariage à l'encontre de ses propres convictions¹⁸.

-
14. P.- G. Jobin, «Loi concernant le mariage civil» (1969) 10 C. de D. 211 à la p. 213; C.E. Dorion, *supra* note 13 à la p. 113.
15. F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982 à la p. 656.
16. J.-L. Baudouin, «L'influence religieuse sur le droit civil du Québec» (1984) 15 R.G.D. 563 à la p. 567; P.- G. Jobin, *supra* note 14 à la p. 212; A.-M. Bilodeau, «Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec» (1984) 15 R.G.D. 573 à la p. 577. Pour les religions qui avaient alors le pouvoir de célébration : R. Lesage, «Le Code civil dans la province de Québec tient-il compte du caractère religieux du mariage?» (1955-56) 2 C. de D. 36.
17. M. Caron, «De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil» dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil – I*, Montréal, PUM, 1970 à la p. 13.
18. Il y a eu, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, une certaine controverse sur le sens à donner à l'article 127 C.c.B.C. qui prévoyait que: «[l]es autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses». Certains soutenaient que cette disposition reprenait simplement le principe selon lequel un célébrant religieux pouvait refuser de célébrer une union qui viole ses propres croyances, alors que d'autres intégraient au Code civil, par cette disposition, les différents empêchements religieux qui n'y apparaissaient pas expressément. Cette controverse, dont les conséquences étaient importantes – puisque, pour les tenants de la seconde école, le mariage nul religieusement l'était également civilement, est aujourd'hui d'intérêt historique, l'article 127 ayant été abrogé en 1980 (en admettant que cette abrogation soit constitutionnelle). Sur cette question, voir : A.-M. Bilodeau, *supra* note 16 à la p. 583 et s. (ainsi que les nombreuses références s'y retrouvant). Voir également : F. Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905 à la p. 250.

Ce système, qui lie nécessairement le mariage à une célébration religieuse, demeure en vigueur au Québec jusqu'en 1968, année où est adoptée la loi sur le mariage civil¹⁹. Cette loi modifie l'article 129 C.c.B.C. en ajoutant, aux célébrants compétents, un officier civil, soit le protonotaire ou ses adjoints²⁰. Cette loi, ne supprimant pas la compétence des communautés religieuses, faisait l'affaire de celles-ci qui se voyaient souvent dans l'obligation morale de célébrer des unions par complaisance, les couples n'ayant pas d'autres alternatives²¹. Cette satisfaction était d'autant plus grande que certains avaient plutôt demandé l'adoption d'un système similaire à celui de la France, où le mariage civil devrait être célébré distinctement du mariage religieux²².

En 1992, lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, le législateur reconduit la célébration unique du mariage : les couples qui désirent se marier religieusement peuvent ainsi faire l'économie d'une seconde cérémonie, le célébrant religieux ayant compétence de marier civilement les conjoints. Pour cela, le célébrant doit être autorisé par sa société religieuse qui, elle, doit avoir été reconnue, aux termes de l'article 366 C.c.Q., par le Ministère des Relations avec les citoyens et de l'immigration²³. Cette reconnaissance est octroyée si la société religieuse démontre «[...] que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession [ont] un caractère permanent[...]».

Cette délégation à certaines sociétés religieuses d'un pouvoir civil met évidemment en péril l'obligation de neutralité de l'État qui devient plus difficile à respecter lorsque celui-ci se permet de jouer un rôle d'acteur plutôt que de simple observateur du phénomène religieux. Comment en effet reconnaître une société religieuse plutôt qu'une autre sans dès lors avantager celle-là sur celle-ci? Si celles qui étaient autorisées sous l'ancien Code à célébrer les mariages ou

19. *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82.

20. Ce sont maintenant, aux termes de l'article 366 C.c.Q., les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure et, depuis juin 2002, les notaires ainsi que certains élus et fonctionnaires municipaux.

21. P.- G. Jobin, *supra* note 14 à la p. 215.

22. *Ibid.* à la p. 214.

23. Dans les faits, le pouvoir est exercé par les fonctionnaires du bureau du Directeur de l'État civil.

à tenir les registres de l'état civil²⁴ continuent à l'être sous l'article 366 C.c.Q., les nouvelles sociétés quant à elles peuvent poser problème. Soit l'État prend officiellement position et risque ainsi de voir ses décisions contestées au motif qu'elles violent la liberté de religion ou sont discriminatoires²⁵, soit, comme ce qui semble être le cas²⁶, l'État fait montre de grande souplesse, le risque étant alors de reconnaître certaines sociétés qui n'ont de religieux que le nom, mais qui s'intéressent au lucratif marché de la célébration du mariage. Ces «nouveaux rites», qui semblent être populaires, ont généralement l'avantage de ne pas connaître de restrictions quant au lieu ou la forme de la célébration et peuvent ainsi offrir de s'adapter aux goûts de chacun. Leur popularité est aussi la conséquence de la confusion dont le système de célébration unique est la cause dans l'imaginaire collectif pour lequel le mariage relève encore du religieux²⁷. Il est à se demander si cette réalité et le faible intérêt que présente actuellement le mariage dit civil²⁸ ne militent pas pour une réelle laïcisation du mariage en scindant les deux cérémonies²⁹ – voire pour réserver le vocable au religieux. Cela aurait pour effet d'énoncer clairement le caractère civil du

-
24. La reconnaissance se faisait alors principalement par une loi privée provinciale. Voir par exemple : *Loi concernant l'Église mennonite et la Conférence canadienne de l'Église des Frères mennonites de l'Amérique du Nord*, L.Q. 1962, c. 109 (loi d'intérêt privé). Cette reconnaissance pouvait également provenir de lettres patentes créant une corporation religieuse aux termes de la *Loi sur les corporations religieuses*, L.R.Q. c. C-71.
25. J. Woehrling, *supra* note 9 à la p. 385. L'auteur souligne que l'on ne peut pas, non plus, justifier une telle inégalité «[...] simplement en raison du petit nombre de ses adeptes, de sa nouveauté ou de sa récente apparition dans un pays [...] ou encore de sa prétendu excentricité[...]» (p. 389).
26. Puisqu'il a été impossible d'obtenir une liste des sociétés religieuses reconnues aux termes de l'article 366 C.c.Q., ce sentiment n'a pu être vérifié.
27. Ces nouvelles sociétés religieuses peuvent d'ailleurs elles-mêmes, semble-t-il, jouer sur cette perception en se recommandant d'une confession quelconque, tout en insistant qu'elles peuvent également célébrer des mariages civils non confessionnels.
28. Selon des statistiques citées par A.-M. Bilodeau dans son texte (*supra* note 16 à la p. 586), en 1977, 80% des mariages célébrés étaient religieux et 20% civils. Selon des statistiques citées, cette fois-ci, par la Commission du Droit du Canada dans son récent rapport sur les rapports étroits entre adultes (COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité*, Ottawa, 2001 à la p. 148, note 52), 29% des mariages célébrés au Québec en 1999 étaient civils. Même si ce chiffre est en hausse, comme le signale la Commission, il reste relativement faible d'autant plus que doivent entrer dans ce 29% les seconds mariages interdits par la religion catholique.
29. C'est entre autre ce que propose la Commission du droit du Canada dans son récent rapport (*supra* note 28 à la p. 140).

mariage, de rendre purement volontaire et facultative la cérémonie religieuse et d'éviter à l'État un rôle d'arbitre des croyances.

La désunion. La reconnaissance, par le droit étatique, du divorce n'a jamais été étrangère aux considérations religieuses. C'est d'ailleurs un motif religieux qui, en 1867, a amené à donner au pouvoir fédéral la compétence sur cette question sensible³⁰. Ce choix visait à satisfaire les membres des deux Églises majoritaires. Ainsi, la majorité protestante du Canada anglais et la minorité protestante du Québec devaient conserver le droit au divorce et on assurait à l'Église catholique, majoritaire au Québec, que ce délicat problème allait être réglé par les autorités fédérales. Cette solution ne fut pourtant qu'un succès partiel puisque le législateur fédéral attendit en 1968, soit près de cent ans après la fédération, pour adopter sa première loi sur le divorce. Pendant tout ce temps, le divorce n'était disponible que dans les provinces qui avaient une loi «préconfédérale» le permettant³¹. Ainsi, au Québec et à Terre-Neuve, il n'était pas possible, en principe, d'obtenir un divorce, sauf par une loi privée fédérale et, à partir de 1963, par une résolution du Sénat³².

La loi sur le divorce de 1968 exigeait, pour l'obtention du divorce, que le demandeur établisse une faute à l'encontre de son conjoint³³. Dans la loi de 1985, qui l'a remplacée³⁴, le divorce n'est fondé que sur le motif unique de l'échec du mariage, échec qui se prouve soit par l'adultère ou la cruauté physique et mentale, soit, plus fréquemment, par la simple cessation de vie commune qui, au jour du prononcé du divorce, doit avoir durée depuis au moins une année.

Jamais, ni dans la première loi, ni dans la seconde, a-t-on vu la possibilité pour un époux de s'objecter au divorce pour des motifs religieux.

30. A.-M. Bilodeau, *supra* note 16 à la p. 586 ; F. Chevette et H. Marx, *supra* note 15 à la p. 656

31. L'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (30&31 Victoria, c. 3 (R.U.)) prévoit que les lois en vigueur sur un territoire donné au moment de l'union demeurent applicables tant qu'elles ne sont pas abrogées ou modifiées par l'autorité compétente. Ainsi, en matière de divorce, les lois qui existaient lors de l'union ont continué à s'appliquer jusqu'en 1968.

32. F. Chevette et H. Marx, *supra* note 15 à la p. 657.

33. *Loi sur le divorce*, L.C. 1967-1968, c. 24, art. 3.

34. *Loi sur le divorce*, L.R.C. c. D-3.4, art. 8.

Certes, si cette croyance est mutuellement existante, la séparation de corps, prévue au Code civil, peut s'avérer le moyen efficace pour alléger le lien marital. Mais dès lors que l'un des conjoints demande le divorce et remplit son fardeau de preuve, le juge doit le prononcer. Très tôt après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de 1982 et la consécration, à son article 2(a) de la liberté de conscience et de religion, on a contesté, sans succès, la constitutionnalité de l'application de la loi sur le divorce à un conjoint qui argumentait que le jugement de divorce violait sa liberté de religion³⁵.

La *Loi sur le divorce* met donc de côté toute connotation religieuse, ce qui est logique en ce qu'elle vise essentiellement la rupture du lien *civil* du mariage. Mais l'étanchéité voulue entre la rupture civile et l'union religieuse ne va pas toujours sans poser de problème. Ainsi, dans certaines religions non majoritaires au Canada, mais tout de même très présentes – principalement la religion juive – le remariage religieux est permis uniquement lorsque le mari a remis un document – appelé *Guet* – à son épouse qui doit l'accepter : cette procédure impose donc au divorce juif un consentement mutuel. Or, cet empêchement au remariage religieux, dont chacun détient la clef, a fait l'objet de chantage dans le cadre de procédures en divorce. Selon certaines statistiques, plus de trois cent cas auraient été recensés où un conjoint soumettait son consentement au *Guet* à la renonciation, par l'autre, de certains droits civils, tels l'obligation alimentaire ou, pire encore, la garde des enfants ou le droit d'accès à ceux-ci³⁶.

Face à cette réalité, le législateur fédéral est intervenu en juin 1990 en modifiant sa loi sur le divorce afin de donner au tribunal un moyen d'éviter ou de faire cesser tout chantage prenant appui sur la remise du *Guet* et sur les sentiments religieux des conjoints. Ainsi, l'article 21.1 L.D. permet au tribunal de «[...] rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure [...]» de l'époux qui refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux de son conjoint. C'est donc dire que l'époux qui refuse de remettre ou de consentir au *Guet* peut se voir empêcher de présenter toute demande relative à une obligation

35. *Baxter c. Baxter* (1984), 6 D.L.R. (4^e) 557 (H. C. Ont.); *Droit de la famille* – 1326, [1990] R.D.F. 401 (C.S.).

36. Pour ces statistiques, voir: J. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 121.

alimentaire pour lui ou encore à la garde ou aux aliments des enfants, ainsi que de présenter toute défense concernant ces sujets, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas consenti au *Guet*³⁷. Ce pouvoir du tribunal ayant comme unique but d'éviter la mauvaise foi de l'un des conjoints, il ne s'applique que lorsque l'obstacle au remariage religieux dépend de la volonté de celui-ci³⁸ et que son refus n'est pas justifié par des «[...] motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience [...]»³⁹. Cette disposition n'a aucunement pour but de restreindre le respect du dogme religieux, mais vise plutôt à empêcher au citoyen de marchander civilement la foi de son conjoint. En cela, la loi se fait protectrice de la croyance autant qu'elle en empêche son détournement.

B. LA LIBERTÉ D'EXERCICE ET LES ENFANTS

La liberté de religion et de croyance dans le contexte des décisions concernant l'enfant est susceptible de se poser, par exemple, lorsque les parents

37. Voir : J. Syrtash, *supra* note 36 à la p. 150.

38. Art. 21.1 (6) L.D. Ce pouvoir ne s'applique donc pas à la religion catholique qui ne reconnaît pas le divorce et qui assujettit le remariage religieux à l'obtention de la nullité du mariage. Le remariage religieux dépend donc d'une décision du tribunal ecclésiastique et non de la simple volonté des époux.

39. Art. 21.1 (4) (a) L.D. Cette disposition a comme principal but d'éviter que l'article 21.1 L.D. soit jugé contraire à la liberté de religion. Encore faut-il savoir si ces motifs sérieux doivent l'être pour la personne elle-même (test subjectif) ou en fonction d'un «fidèle-raisonnable», d'un dogme objectivement reconnu par la religion concernée. Cette question d'interprétation est d'autant plus importante qu'il semble n'y avoir aucun motif religieux pouvant justifier le refus du *Guet* : J. Syrtash, *supra* note 36 aux pp. 165-167. Cet auteur note d'ailleurs que l'article 21.1 L.D. paraît avoir donné les résultats escomptés. Sur cette question, voir : *Droit de la famille* – 3558, [2000] R.D.F. 268 (C.S.) : Dans cette décision, le conjoint qui refusait de consentir au *Guet* contestait l'application de l'article 21.1 L.D. Il invoquait que la remise *Guet* devant, aux termes de ses convictions religieuses, être volontaire, une décision du tribunal aux termes de l'article 21.1 violerait sa liberté de religion et de croyance puisqu'elle aurait pour effet de le forcer à consentir au *Guet*. Le tribunal refuse cette défense aux motifs qu'elle rendrait totalement inefficace le mécanisme de l'article 21.1 et que la preuve n'avait pas été faite du sérieux de ce motif de refus aux termes de la religion juive. Le juge semble opter pour une preuve objective mais il insiste également – ce qui ne faisait pas de doute dans ce cas – sur l'importance de l'élément subjectif [ce qui reprend l'élément de sincérité religieuse qui est toujours nécessaire –voire principal – à l'application de la liberté de religion – voir : *Syndicat Northcrest c. Anselem*, J.E. 98-1527 (C.S.) [confirmée pour d'autres motifs : J.E. 2002-817 (C.A.)]; J. Woerhling, *supra* note 9 à la p. 388], retenant ainsi un critère mixte. Voir également : *Droit de la famille* – 2296, [1995] R.D.F. 728 (C.S.).

prennent, de concert, une décision fondée sur des motifs propres à leur religion ou leur croyance⁴⁰, ou encore, plus fréquemment, lorsqu'il y a conflit entre les parents sur ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, conflit prenant source dans une interprétation à saveur religieuse de l'intérêt de l'enfant, ou enfin, lorsqu'un enfant, quoique toujours mineur, prend seul une décision basée sur ses croyances. Dans toutes ces situations, se pose la difficile question des limites de l'intervention du tribunal afin de protéger l'enfant et ce, même au prix d'une restriction de sa liberté de religion ou de conscience ou celle de l'un de ses parents.

Ce sujet étant vaste en soi, nous l'illustrerons essentiellement en relevant les deux questions qui sont les plus fréquentes : l'ordonnance limitant l'exercice du droit de garde ou d'accès d'un parent et l'autorisation, par le tribunal, à ce que des soins, refusés par le titulaire de l'autorité parentale, soient prodigués à l'enfant.

40. La question de la pratique religieuse concertée des parents a justifié le placement de deux enfants de 14 et 16 ans qui se réclamaient d'un autre religion et qui réagissaient mal aux multiples restrictions (sollicitation; réunions bibliques, tenue vestimentaire,...) parentales : *Protection de la jeunesse* – 443, [1990] R.D.F. 280. Voir également lorsque l'enfant est en danger : *Protection de la jeunesse* – 224, [1986] R.J.Q. 2711 (T.J.).

L'ordonnance limitant l'exercice du droit de garde ou d'accès⁴¹. Il est fréquent que des croyances divergentes, qui faisaient bon ménage durant l'union, deviennent objet de conflits lors d'une séparation ou d'un divorce. L'enfant est alors au centre d'un litige où un des parents demande au tribunal d'inclure, dans l'ordonnance fixant la garde ou les droits d'accès, des conditions à respecter afin, par exemple, d'empêcher l'endoctrinement de l'enfant ou encore d'interdire la participation de celui-ci à certaines activités religieuses. La limite de ce qu'un tribunal peut ou doit faire en cette matière affecte inévitablement la liberté des parents dans l'expression de leur croyance religieuse ou, inversement, de leur athéisme.

41. La question de l'application de la Charte canadienne dans le contexte familial pose par ailleurs problème. En principe, et sans entrer dans les détails d'une matière très complexe et qui n'est pas la nôtre, la Charte canadienne ne s'applique, aux termes de son article 32, qu'au «Parlement et au gouvernement» fédéral et provinciaux. Elle ne s'applique donc à un litige privé, tel que celui opposant deux époux ou deux parents, que lorsque le litige est régi par une règle législative ou exécutive. Ainsi, la question spécifique de savoir si une ordonnance judiciaire portant sur la garde des enfants est elle-même soumise à la Charte dépend de la source d'une telle ordonnance. Cette question semble ne pas être clairement tranchée. La juge L'Heureux-Dubé, dans la très importante décision *Young c. Young* (1993), 4 R.C.S. 3, aux pages 90 et suivantes, répond par la négative au motif que le pouvoir des tribunaux de décider en fonction de l'intérêt des enfants prend sa source dans la compétence *parens patriae*, inhérente aux tribunaux et bien antérieure à la consécration législative du critère de l'intérêt de l'enfant. Pour elle, ce pouvoir ne découle donc pas de la branche législative ou exécutive de l'État. Par ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé ajoute immédiatement que, malgré la non-application de la Charte à l'ordonnance, les tribunaux doivent tout de même s'efforcer de prendre en considération les valeurs de celle-ci dans leur décision et dans la façon qu'ils interprètent les lois. Cette opinion, sur la non-application de la Charte, que la juge L'Heureux-Dubé reprend dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, rendue la même journée, n'est par ailleurs pas soutenue par la majorité qui refuse de se prononcer sur cette question. La Charte québécoise, qui protège également la liberté de religion, s'applique quant à elle non seulement aux actes de l'État (art. 52), mais également aux litiges entre citoyens. En ce sens, une ordonnance du tribunal doit nécessairement subir le test de la conformité avec la Charte. Enfin, malgré toute la question de l'application ou non de la Charte aux décisions judiciaires, le Conseil canadien de la magistrature a inclu dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (Ottawa, 1998), un chapitre sur l'égalité qui demande au juge «[...] d'être conscient des particularités découlant, [...] des croyances religieuses[...]» (p.23) et d'en prendre acte.

La Cour suprême a rendu deux décisions le même jour sur cette difficile question. L'une est issue de l'Ontario⁴² et l'autre du Québec⁴³. Ces deux décisions, dont l'ambiguïté due à la multiplicité des motifs a fait l'objet de plusieurs critiques, portent sur des faits semblables. Ainsi, dans les deux cas, le parent qui a la garde de l'enfant demande au tribunal d'inclure, dans l'ordonnance précisant les modalités des droits d'accès de l'autre parent, des limitations relatives aux activités religieuses telles, par exemple, de ne pas endoctriner l'enfant, de ne pas l'amener dans des célébrations religieuses ou de ne pas le faire participer à des activités de sollicitation. Dans les deux cas, la religion du parent était minoritaire (témoins de Jéhovah), mais la même question peut se poser pour des religions plus importantes, voire majoritaires⁴⁴, de même que pour une religion pratiquée par les deux parents mais à des degrés divergents.

À l'unanimité, les juges considèrent que le principe de l'intérêt de l'enfant, prévu aux articles 33 C.c.Q. et 16(8) L.D.⁴⁵, n'est pas contraire à la liberté de religion des parents, mais ils se divisent sur l'application de ce principe lorsque la religion de l'un des parents est en jeu. Il ressort des motifs majoritaires de ces deux décisions que le préjudice actuel ou appréhendé pour l'enfant est, sans être un critère strict afin de rendre une ordonnance limitant la liberté de religion du parent, un élément à prendre sérieusement en considération⁴⁶. Pour la minorité, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, le préjudice n'est pas un élément nécessaire, seul l'intérêt de l'enfant devant être considéré⁴⁷. Par le jeu des majorités, l'application de ces principes a eu pour

42. *Young c. Young*, *supra* note 41.

43. *P. (D.) c. S. (C.)*, *supra* note 41.

44. Sur cette question, voir : C. Bernard, R. Ward et B. M. Knoppers, «Best Interest of the Child Exposed : A portrait of Quebec Custody and Protection Law» (1992) 11 Can. J. Fam. L. 57.

45. Sur le contenu de cette notion : *P. (D.) c. S. (C.)*, *supra* note 41 à la p. 174; *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.S.).

46. Pour un juge (Sopinka), le préjudice doit être un critère strict.

47. La juge L'Heureux-Dubé est minoritaire lorsqu'elle exprime cette opinion dans l'affaire *Young*. Elle est par ailleurs majoritaire dans l'arrêt *P.(D.) c. S.(C.)* rendu le même jour. La contradiction n'est qu'apparente puisque les juges Cory et Iacobucci, qui se rajoutent à elle, sont toujours d'opinion que le préjudice est un élément important à prendre en considération, mais sont d'avis, contrairement à la juge McLachlin, que ce préjudice est en l'espèce suffisamment vraisemblable pour ne pas devoir renverser la décision de première instance.

effet de supprimer les restrictions au droit d'accès dans le cas de l'affaire *Young*, alors que dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)* ces restrictions ont été confirmées. Dans ce dernier cas, la majorité a retenu que le fait que l'enfant réagisse mal aux pratiques religieuses suffisait pour justifier la limitation d'action du parent.

Il est manifeste, à la lecture de ces deux décisions, que cette question est tributaire des faits de chaque espèce. Ainsi, la Cour suprême, dans une décision laconique de 1997, a supprimé les trois restrictions à la garde attribuée à la mère et qui portaient sur l'enseignement de la doctrine des témoins de Jéhovah, sur l'endoctrinement des enfants et sur la participation de ceux-ci à des activités de sollicitation⁴⁸. Autres illustrations de ces divergences d'application : deux récentes décisions dans lesquelles le parent gardien désire envoyer son enfant à une école dépendant de la société religieuse dont il fait partie, école qui n'est pas reconnue par le Ministère de l'éducation. Dans un cas, compte tenu des circonstances et de la doctrine enseignée par La Mission de l'Esprit-Saint, concernant particulièrement les femmes et leur rôle dans la société, le juge confirme la garde à la mère mais exige qu'elle envoie les enfants à une autre école et interdit qu'elle mette en contact les enfants avec cette société religieuse⁴⁹. À l'inverse, dans l'autre décision⁵⁰, le tribunal conclut que le gardien peut maintenir son enfant à l'école privée tenue par Les Assemblées de la Pentecôte du Canada, dont le parent gardien fait partie, puisqu'il a été démontré que plusieurs enfants qui ont fréquenté cette école ont pu rejoindre sans problème le système scolaire public, les enseignements dispensés étant de bonne qualité.

Sur ces décisions, voir : D. Goubau, «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», dans *Développements récents en droit familial* (1995), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995 aux pp. 25 et 50.

48. *L.S. c. C.S.*, [1997] 3 R.C.S. 1003 infirme *Droit de la famille – 2618*, [1997] R.D.F. 215 (C.A.). Dans le jugement de la Cour d'appel, la majorité confirmait le jugement de première instance et le juge Beauregard, dissident, conservait uniquement l'interdiction de sollicitation.

49. *Droit de la famille – 2494*, [1996] R.D.F. 647 (C.S.).

50. *Droit de la famille – 3055*, [1998] R.D.F. 475.

Il est donc difficile de tirer de grands principes de ces décisions⁵¹, si ce n'est que l'intérêt de l'enfant peut justifier la restriction de la liberté de religion des parents et que, même si c'est au parent qui a la garde que reviennent, en principe, les décisions concernant la religion de l'enfant, l'autre parent, non déchu de l'autorité parentale, conserve à tout le moins un pouvoir de contrôle sur les décisions du parent gardien⁵². Enfin, il ressort des décisions qu'il peut être favorable pour l'enfant d'être sensibilisé à plus d'une croyance religieuse; ce sera à lui de faire un choix éclairé le moment venu⁵³.

Les décisions concernant le consentement aux soins. L'article 11 C.c.Q. précise que «[n]ul ne peut être soumis sans son consentement à des soins[...]». Ce principe a été interprété de telle façon que le rôle du tribunal doit se limiter, face à un refus, à la vérification de l'aptitude de la personne à consentir aux soins; la «raisonnabilité» de ce refus n'est aucunement pertinente, la décision étant personnelle⁵⁴. Ainsi, un majeur qui, pour des raisons de croyances religieuses refuse, un soin verra son refus respecté, même si celui-ci doit entraîner son décès⁵⁵.

La solution ne va pas de même pour les enfants mineurs. Pour l'enfant de moins de quatorze ans, c'est le titulaire de l'autorité parentale qui, dans le meilleur intérêt de l'enfant, doit consentir aux soins requis pour l'état de santé⁵⁶.

51. Pour une autre décision sur cette question : *Droit de la famille* – 1326, *supra* note 35, où le tribunal réduit le temps d'accès du père pour le motif, parmi d'autres, qu'il réserve trop de temps passé avec l'enfant aux activités religieuses.

52. La question du rôle du parent non gardien dans les décisions importantes concernant les enfants est loin de faire l'unanimité au Québec, mais il semble clair que le parent non gardien conserve, à tout le moins, un pouvoir de contrôle. Sur cette question, voir : D. Goubau, *supra* note 47; M. Giroux, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat» (1998) 77 R. du B. can 354.

53. Voir : M. Ouellette, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995 à la p. 226; *Droit de la famille* – 2505, [1996] R.D.F. 785.

54. Entre autres : *B. (Nancy) c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.); *Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

55. En Ontario, la Cour d'appel a retenu la responsabilité du corps médical qui a donné une transfusion sanguine à une patiente, dont la survie l'exigeait de toute urgence, malgré le fait qu'elle avait sur elle une carte refusant, pour des motifs religieux, ce type de traitement : *Malette c. Schulman* (1990), 67 D.L.R. (4^e) 321 (C.A.).

56. Art. 12 et 14 C.c.Q. Le Code procède à plusieurs distinctions entre les types de soins. Nous nous limiterons aux soins requis par l'état de santé.

L'enfant de quatorze ans et plus, quant à lui, peut, en principe, consentir seul aux soins requis, mais, en cas de refus de sa part, l'autorisation du tribunal ou de l'autorité parentale, selon la situation, suffit⁵⁷. Dans tous ces cas, si la personne pouvant consentir aux soins les refuse, le tribunal doit statuer selon le seul intérêt de l'enfant (art. 12 C.c.Q.).

Ainsi, les tribunaux ont à plusieurs reprises⁵⁸ autorisé que soit prodigué un soin qui avait été initialement refusé par le titulaire de l'autorité parentale pour un motif d'ordre religieux. La Cour suprême du Canada, dans une affaire provenant de l'Ontario, a récemment tranché la question de la conformité de ces autorisations au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁹. Une majorité de la Cour a conclu que la liberté de religion des parents incluait le droit pour eux de prendre une décision concernant les soins de leur enfant en conformité avec leur croyance religieuse, même si celle-ci risquait de nuire à l'intérêt physique de l'enfant, alors qu'une minorité était d'avis que, conformément à la décision *Young*, le comportement qui menaçait la sécurité, la santé ou la vie de l'enfant, n'était pas protégé par la Charte. La majorité a par ailleurs décidé que la restriction à la liberté de religion des parents était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 1 de la *Charte canadienne des droits de la personne*), la Cour étant donc unanime sur la conclusion à donner à cette affaire.

57. Art. 14 al. 2 et 16 al. 2 C.c.Q. Si la situation est urgente et que l'autorité parentale refuse les soins, le corps médical devrait les prodiguer tout de même : R. P. Kouri et C. Lemieux, «Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec*» (1995) 26 R.D.U.S. 77, 98.

58. Au Québec, voir: *Montreal Children's Hospital c. Wong*, [1975] R.P. 344 (C.S.); *Montreal Children's Hospital c. Powell*, [1975] R.P. 345 (C.S.); *Hôpital St-françois d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 393 (C.S.); *J.L. c. D.B.*, [2001] R.D.F. 929 (C.S.) [soin préventif – vaccin contre la méningite]. Voir également, quoique cette décision ne porte pas à proprement parler sur des motifs religieux : *Protection de la jeunesse – 110*, [2000] R.J.Q. 579 (C.Q.) où la mère séropositive, tout comme ses deux enfants, refuse pour ceux-ci les soins de la médecine traditionnelle optant plutôt pour une thérapie uniquement axée sur l'alimentation végétarienne.

59. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. Cette affaire concernait un enfant de quelques semaines qui nécessitait une transfusion sanguine. Les parents, témoins de Jéhovah, refusaient de consentir à ce soin.

En ce qui concerne le mineur de quatorze ans et plus qui refuse des soins pour un motif religieux, la réponse semble devoir être plus nuancée. Certaines décisions des provinces de *common law* ont, après que le tribunal ait constaté la maturité et l'aptitude du mineur, confirmé le refus⁶⁰ alors que d'autres décisions ont plutôt autorisé les soins⁶¹. Au Québec, le tribunal⁶² a autorisé les soins dans une situation où un enfant de 14 ans, en accord avec ses parents, les refusait pour des motifs religieux. Dans ce cas, les soins étaient essentiels à une espérance de vie raisonnable. Encore une fois, la conciliation de la liberté de religion des parents, ou même de l'enfant, doit se faire en fonction du meilleur intérêt de ce dernier, cette conciliation étant alors tributaire des faits de chaque espèce⁶³.

II. COMPORTEMENTS SEXUELS MINORITAIRES

Cette seconde partie porte sur ce qui est, très certainement, tant en droit québécois qu'ailleurs, le terreau le plus fertile aux débats et aux changements rapides de la famille et de son intégration dans le discours juridique. Nous discuterons en un premier temps de l'homosexualité (A) puis, en un second temps, empiétant sur le droit des personnes, nous présenterons l'état du droit en matière de transsexualisme (B).

A. HOMOSEXUALITÉ

L'aspiration de la communauté homosexuelle à une entière égalité avec les couples hétérosexuels se fait sentir tant en ce qui concerne le couple (1) qu'en ce qui concerne la parentalité (2).

60. Sur ces décisions – qui concernaient des enfants cancéreux dont l'espérance de vie était faible –, voir : R. P. Kouri et C. Lemieux, *supra* note 57 aux pp. 100-101.

61. Voir : R. P. Kouri et C. Lemieux, *supra* note 57 à la p. 102.

62. *Protection de la jeunesse* – 884, [1998] R.J.Q. 816 (C.S.); *Hôpital de Montréal pour enfants c. D.J.*, J.E. 2001-1363 (C.S.). Voir également tout récemment : *Hôpital Ste-Justine c. Giron*, J.E. 2002-1080 (C.S.) (dans cette décision, le juge autorise la transfusion sanguine d'une jeune témoin de Jéhovah de 15 ans qui, en accord avec ses parents, la refusait).

63. Sur l'ensemble de cette matière, qui n'est ici qu'esquissée, voir : R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins – Le regard du législateur et des tribunaux civils*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1999 aux pp. 406-431.

1. L'union homosexuelle

Le Québec faisant partie d'une fédération, il est nécessaire de signaler qu'il n'a pas, en matière de famille, le monopole de la compétence législative. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit en effet, à son article 91 (26), que le Parlement fédéral a la compétence relative au mariage et au divorce, alors que l'article 92 (12) donne aux provinces le contrôle de la célébration du mariage. Ce partage, nous l'avons vu, visait principalement à assurer à la communauté religieuse du Bas-Canada le maintien de son monopole sur la célébration des unions et à garantir aux protestants le maintien du divorce.

La compétence du Parlement fédéral a été interprétée restrictivement et se limite aujourd'hui aux seules conditions de fond du mariage⁶⁴. Conséquemment, c'est le pouvoir fédéral qui a compétence en matière d'empêchements du mariage, incluant donc la question, maintenant sensible, du mariage homosexuel. Or, le législateur fédéral n'étant intervenu que tout récemment dans son champ de compétence, l'on référerait alors au *Code civil du Québec* qui, à l'article 365 C.c.Q., précisait que le mariage ne peut être contracté «[...] qu'entre un homme et une femme [...]». Cette exigence, qui n'était pas dans le code de 1866, étant constitutionnellement contestable, le législateur fédéral est finalement intervenu au mois de juin 2001 afin d'établir que le mariage doit nécessairement être formé d'un homme et d'une femme⁶⁵. Ce principe, qui est d'ailleurs le même dans le reste du Canada⁶⁶, est actuellement contesté dans plusieurs provinces, dont le Québec⁶⁷, au motif qu'il viole la liberté de la personne et le droit à l'égalité qui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* aux articles 7 et 15 (1). Cette question, qui n'a

64. Voir : M. Ouellette, *supra* note 53 à la p. 11.

65. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 5. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001 et ne s'applique qu'au Québec.

66. Voir : *North c. Matheson*, (1974) 52 D.L.R. (3^e) 280 (Manitoba) ; *Layland c. Ontario (Minister of Consumers and Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4^e) 214 (Ontario). Cette dernière décision se base sur un précédent anglais de 1866 : *Hyde c. Hyde and Woodmansee*, (1866) 35 L.P.J.&M. 57.

67. La Cour supérieure du Québec a récemment invalidé cette restriction au motif qu'elle est discriminatoire : *Hendricks c. P.G. Québec*, J.E. 2002-1742 (C.S.). Cette décision est présentement en appel. Il en est de même en Ontario : *Halpern c. Canada*, (2002) O.J. 2714 (Quicklaw).

jamais été débattue devant la Cour suprême du Canada, devrait donc faire l'objet d'une décision dans les années à venir⁶⁸. En attendant une éventuelle décision sur cette question, il est impossible pour des partenaires de même sexe de soumettre leur union à l'encadrement civil du mariage et donc de bénéficier de ce statut particulier. L'aménagement par convention demeure alors, en principe, la solution pour ces couples. Mais face aux pressions importantes de la communauté homosexuelle, cette situation est en constante évolution.

Ainsi, depuis 1999 au Québec et 2000 au fédéral, les conjoints de fait de même sexe se sont vus reconnaître les mêmes droits et obligations que les concubins hétérosexuels et les conjoints mariés dans la très vaste majorité des lois fiscales et sociales⁶⁹. Les législateurs répondaient ainsi à certaines décisions qui invalidaient, au motif de discrimination, les lois qui limitaient la définition de conjoint de fait aux seuls conjoints hétérosexuels⁷⁰.

Une seconde modification, beaucoup plus importante, vient d'être adoptée. Prenant exemple sur plusieurs législations étrangères, dont celles de la France⁷¹, du Vermont⁷² ou, au sein même du Canada, de la province de la

68. La Cour suprême du Canada a déjà rendu certaines décisions basées sur la discrimination en fonction de l'orientation sexuelle. Ainsi, elle a reconnu qu'il s'agissait là d'un motif analogue de discrimination prohibée (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513) et que la limitation de l'obligation alimentaire aux seuls conjoints mariés et concubins hétérosexuels était discriminatoire : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. [Sur la question du mariage homosexuel et la Charte canadienne : D. G. Casswell, «Moving toward Same-Sex Marriage», (2001) 80 R. du B. can].

69. Pour le Québec : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Pour le fédéral : *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. Certaines lois continuent à traiter différemment les conjoints mariés de ceux qui ne le sont pas (dont les conjoints de même sexe), mais des modifications sont en cours. À ce sujet, voir : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *supra* note 28 à la p. 15.

70. Par exemple : *C.D.P. c. C.A.S.*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.) (Loi sur les régimes de rentes). On peut également citer par extension : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 (obligation alimentaire dans la loi ontarienne limitée aux conjoints de fait de même sexe).

71. Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 instituant le PACS, D. 1999, Lég. à la p. 515.

72. *Act Relating to Civil Unions*, Statutes of Vermont, 1999, H. 847, instituant l'union civile (disponible uniquement aux conjoints homosexuels) et modifiant ainsi la loi sur les *Domestic Relations*, Title 15, V.S.A. qui porte sur l'ensemble du droit relatif aux relations de couples et familiales.

Nouvelle-Écosse⁷³, le Ministre de la Justice du Québec a présenté, le 7 décembre 2001, un avant-projet de loi visant la création de l'union civile. Suite à ce dépôt, des consultations publiques ont eu lieu au mois de février 2002, consultations au cours desquelles on a pu déceler une relative unanimité quant au principe de l'union civile, les divergences portant essentiellement sur la question de la parentalité – que nous reverrons dans la prochaine section. Cette unanimité aidant, la loi fut rapidement adoptée et mise en vigueur, pour l'essentiel, le 24 juin 2002⁷⁴.

L'union civile emprunte une voie très extensive et prévoit l'application de l'ensemble du régime que connaît le mariage aux couples qui le choisissent. En fait, il apparaît des motifs du Ministre de la Justice qu'il aurait proposé de rendre le mariage accessible aux couples de même sexe si cela avait été dans son pouvoir de le faire⁷⁵. Ainsi l'union civile est, contrairement au PACS français, de nature essentiellement institutionnelle et s'écarte du contrat. En guise d'illustration, non seulement est-elle prévue dans le livre sur la famille et constitue-t-elle un titre autonome s'insérant entre celui sur le mariage et celui sur la filiation, mais l'article 521.7 C.c.Q. prévoit que l'union civile crée une alliance «entre chaque conjoint et les parents de son conjoint» et les règles de célébration du mariage lui sont applicables (art. 521.3 al. 2 C.c.Q.). Finalement, le caractère institutionnel de l'union civile découle également de ses conditions de formation.

Conditions de formation de l'union civile. Le projet de loi initial proposait, à l'instar du «civil union» du Vermont, de rendre accessible ce statut uniquement aux couples de même sexe; il assumait donc clairement son ambition d'offrir à ceux-ci une option pour obvier à l'impossible mariage. Mais ce choix a été très majoritairement contesté⁷⁶. Les homosexuels soulevaient la nouvelle «ghettoisation» qu'allait provoquer ce système, mais aussi que cette

73. *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000. C. 29. Cette loi institue le Domestic partnership qui est accessible tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels et comprend l'ensemble du régime légal du mariage.

74. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

75. Ce qu'il a d'ailleurs en partie fait en supprimant, de façon purement symbolique, le second alinéa de l'article 365 dans lequel se retrouvait l'exigence de la non-identité de sexe.

76. Voir A. Roy, «Partenariat civil des couples de même sexe : La réponse du Québec» (2001) 35 R.J.T. 663, 671 et s.

limitation allait avoir pour effet d'afficher clairement la vie privée des conjoints unis civilement dès qu'ils montreraient une preuve d'identité où leur état civil serait inscrit. Ce choix était également contestable pour certains conjoints hétérosexuels qui pourraient vouloir opter pour ce régime, soit parce qu'ils ne désireraient pas se marier afin de ne pas intégrer cette institution porteuse de symboles historico-religieux, soit parce qu'ils préféreraient l'union civile qui – on le verra – se distingue du mariage dans son mode de dissolution⁷⁷. En fait, en limitant le nouveau régime aux seuls couples de même sexe, on risquait de répondre à une discrimination par une autre discrimination. Face à ces critiques unanimes, la loi adoptée prévoit – implicitement – l'accessibilité du régime tant aux couples homosexuels qu'hétérosexuels (art. 521.1 C.c.Q.).

Les autres conditions de formation sont similaires à celles du mariage. Ainsi, l'article 521.1 C.c.Q. prévoit que les conjoints civils doivent être minimalement âgés de 18 ans (âge de la majorité qui rend l'union civile moins accessible que le mariage qui l'est à partir de 16 ans); doivent être libres de tout lien «de mariage ou d'union civile» et enfin, ils ne doivent pas être l'un par rapport à l'autre un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur (naturel ou par adoption : art. 578 C.c.Q.)⁷⁸. Quant aux conditions de célébration de l'union civile, l'article 521.3 al. 2 C.c.Q. précise qu'elles seront les mêmes que pour le mariage civil. Il doit donc y avoir une publication au moins vingt jours avant l'union⁷⁹ et y avoir présence de deux témoins⁸⁰ lors de la célébration qui doit être faite par une personne habilitée aux termes de l'article 366 C.c.Q. Tout comme pour le mariage, la célébration peut donc être effectuée par un officiant religieux, mais celui-ci ne peut être contraint de le faire si son dogme religieux le lui interdit⁸¹.

Régime de l'union civile. Tout comme pour son mode de formation, les effets de l'union civile copient ceux du mariage. Ainsi, l'article 521.6 C.c.Q.

77. *Ibid.* à la p. 677.

78. La condition est ici moins restrictive que le mariage qui n'est pas permis entre demi-frère ou demi-sœur (*Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.R.C. c. M-2.1, art. 2(2)(b)).

79. Art. 368 C.c.Q. Le mécanisme de l'opposition au mariage s'appliquera également à l'union civile (art. 521.3).

80. Art. 521.2 C.c.Q.

81. Art. 521.2 C.c.Q.

prévoit que les conjoints civils se «doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance», qu'ils doivent faire vie commune et que les dispositions sur le mariage s'appliquent en ce qui concerne la direction de la famille, la contribution aux charges du ménage, la protection de la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire⁸². Il est prévu à l'article 521.8 C.c.Q. l'application, en l'absence de régime partenarial spécifique, du régime légal de la société d'acquêts⁸³.

On retrouve partout ailleurs dans le Code la parfaite identité entre l'union civile et le mariage. Ainsi, l'article 585 C.c.Q. prévoit l'existence d'une obligation alimentaire entre conjoints civils ; l'article 15 C.c.Q. prévoit que le conjoint civil, à l'instar de l'époux (et maintenant du conjoint de fait), est celui qui peut consentir aux soins de son compagnon devenu inapte et les articles 121.1 C.c.Q. et s. prévoient l'apparition d'un nouvel acte d'état civil reconnaissant le statut de «conjoint civil». Enfin, les articles 653 C.c.Q. et s. donnent au conjoint civil les mêmes droits successoraux qu'au conjoint marié.

En fait, la seule distinction entre le régime de l'union civile et celui du mariage porte sur la dissolution de l'union. Le divorce étant de compétence fédérale, le législateur québécois ne pouvait pas l'étendre à l'union civile⁸⁴. Il a donc créé un régime de dissolution propre à l'union civile, où il est possible pour les parties de mettre fin à l'union par une déclaration commune notariée, cette déclaration étant ensuite envoyée au Directeur de l'État civil⁸⁵. Cette possibilité d'éviter le tribunal, qui n'est pas présente en matière de divorce, ne peut par ailleurs pas s'appliquer si l'intérêt d'un enfant commun est en jeu⁸⁶. Cela nous amène à discuter de la question sensible de la filiation.

82. Et tout comme pour le mariage, ces dispositions sont d'ordre public (art. 521.6 al. 5 C.c.Q.).

83. Pour une critique de ce choix : A. Roy, *supra* note 76 à la p. 682.

84. Outre la dissolution volontaire, l'union civile prend fin par le décès d'un des conjoints (art. 521.12 C.c.Q.). Quant à la nullité de l'union civile pour vice de formation, elle emprunte les règles – dérogatoires au droit commun – de la nullité de mariage : art. 521.10 et 521.11 C.c.Q.

85. Art. 521.13 C.c.Q. et s. Cette innovation a été si bien accueillie lors des consultations publiques que certains intervenants ont demandé, sans succès, à ce qu'elle soit étendue à la séparation de corps.

86. Art. 521.17 C.c.Q.

2. L'«homoparentalité»⁸⁷

«Homoparentalité»... Néologisme à haute fréquentation. Ce terme est apparu dans le langage courant, particulièrement dans celui des médias, à l'occasion des débats en marge de la réforme sur l'union civile. Mais cette question de l'«homoparentalité» semble actuellement porter plus spécifiquement sur la reconnaissance d'un lien de filiation à un couple homosexuel qui élève conjointement un enfant à la suite de l'adoption ou du recours à la procréation assistée. Cette problématique laisse donc de côté, pour l'instant, le cas de la famille recomposée homosexuelle ainsi que l'exercice de l'autorité parentale entre parents biologiques dont l'un serait «devenu» homosexuel. Sur ce dernier point⁸⁸, du moins en principe, le droit québécois ne fait aucune distinction basée sur le comportement sexuel des parents⁸⁹.

Il est bien reconnu que de plus en plus de couples homosexuels accomplissent un projet parental commun, soit par l'adoption, soit, pour les femmes, par les techniques de procréation assistée. Dans ces deux cas d'espèce, il n'y a usuellement qu'un seul lien de filiation établi : la mère naturelle dans le cas de la procréation médicalement assistée ou le parent adoptant qui se

87. Sur cette question qui n'est ici qu'esquissée, voir notre texte : «Les enfants du nouveau siècle» dans *Développements récents en droit de la famille* (2002), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 75.

88. Voir sur cette question en jurisprudence : *X. c. Y.*, [1975] C.S. 496; *Monette c. Sylvestre*, [1981] C.S. 731; *Johnston c. Rochette*, [1982] C.S. 407; *Cloutier c. Trudel*, [1982] C.S. 951; *Droit de la famille – 14*, J.E. 83-135 (C.S.), puis en Cour d'appel *Droit de la famille – 316*, J.E. 86-1127 (C.A.); *Droit de la famille – 31*, [1983] C.S. 69 (C.S.); *Protection de la jeunesse – 169*, [1985] T.J. 2011; *Droit de la famille – 1005*, [1986] R.D.F. 78; *Droit de la famille – 1079*, [1987] R.D.F. 83 (C.S.); *Droit de la famille – 1144*, [1988] R.D.F. 50 (C.S.); *Droit de la famille – 1287*, [1989] R.D.F. 625; *Droit de la famille – 2568*, J.E. 97-151 (C.S.); *Droit de la famille – 2689*, [1997] R.D.F. 485 (C.S.).

89. *Droit de la famille – 2568*, J.E. 97-151 (C.S.); *Droit de la famille – 2689*, [1997] R.D.F. 485 (C.S.). Si l'homosexualité, en soi, ne peut justifier une décision concernant la garde d'un enfant, une auteure a par ailleurs récemment soutenu que l'application du critère de l'intérêt de l'enfant joue souvent à l'encontre du parent homosexuel qui n'obtient ainsi pas la garde de son enfant. Quoiqu'il soit toujours difficile de cerner le rôle exact d'un élément en particulier en matière de garde d'enfant, il semble qu'une telle conclusion ne soit pas dénuée de tout fondement. (A. Robinson, «La parentalité des lesbiennes en droit civil québécois» dans I. Demczuk, dir., *Des droits à reconnaître – Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Les éditions du remue-ménage, 1998 à la p. 39).

présentait seul et célibataire à l'adoption⁹⁰. Dans ce dernier cas, même si la Cour d'appel avait soulevé l'hypothèse qu'il y ait deux parents adoptifs du même sexe⁹¹, aucun jugement rapporté en droit québécois l'avait officiellement reconnu ou octroyé.

Ce genre de situation fut le principal objet de discussion pendant la commission sur l'union civile. Le sort de ces enfants a frappé l'imaginaire puisque l'on réalisait ainsi que, malgré le principe d'égalité entre tous les enfants⁹², certains ne pouvaient pas compter sur deux adultes responsables, principalement au motif que ceux-ci étaient de même sexe. À la fin des consultations, le ministre a donc annoncé qu'il allait ajouter dans le projet de loi des dispositions touchant le problème de l'«homoparentalité». C'est ce qui fut fait : la loi, en matière de filiation, innovant essentiellement de deux façons.

Premièrement, il est ajouté, à l'article 115 C.c.Q. portant sur la déclaration de naissance, un dernier alinéa qui précise que «[l]orsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas». Cette modification, par-delà son contenu symbolique, rend maintenant clairement possible l'adoption par un couple dont les partenaires sont de même sexe ou, encore, aux termes de l'article 555 C.c.Q., l'adoption, par une personne, de l'enfant de son conjoint de même sexe. Si rien n'empêchait expressément, avant cette modification, ces types d'adoption, l'équilibre du Code qui structurait le couple parental en un couple sexué les

90. Encore une fois, l'homosexualité de l'adoptant ne peut être un motif de refus, mais en pratique, dans le cadre de l'évaluation psycho-sociale, il est loin d'être certain que cet élément n'influence pas le centre jeunesse (organisme responsable de sélectionner les adoptants) : A. Roy, «L'adoption en droit québécois : aspects civils et procéduraux», *Répertoire de droit*, Chambre des Notaires, 2000, n° 22 à la p. 18.

91. *Droit de la famille* – 1704, [1993] R.J.Q. 1, 5 (C.A.); *Droit de la famille* – 3444, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.). Dans le second cas, une femme demandait d'être reconnue «parent psychologique» de l'enfant que sa conjointe avait eu suite à une procréation médicalement assistée désirée par le couple. La Cour d'appel refuse cette requête pour défaut de base légale mais suggère aux parties de présenter une demande en adoption aux termes de l'article 555 C.c.Q. (qui prévoit l'adoption d'un enfant par le conjoint du parent). Cette possibilité a été reconnue : *K(Re)*, (1995) 23 O.R. (3^e) 679; *A. (Re)*, [1999] A.J. No. 1349 (Q.L) (Alb. B.R.). Voir également sur l'adoption par un couple de même sexe : *Nova Scotia (Birth Registration No. 1990-02-004200) (Re)*, [2001] N.S.J. No. 261.

92. Art. 522 C.c.Q.

rendait discutable. Secondement, et de façon beaucoup plus audacieuse, la loi étend la présomption de paternité à l'union civile hétérosexuelle (art. 525 C.c.Q.), mais aussi, dans le cadre d'une «PA», à l'union civile homosexuelle, permettant ainsi à la conjointe de la mère qui a eu recours à une technique de procréation assistée d'être présumée «l'autre parent» (art. 538.3 C.c.Q.). Cette nouvelle «présomption de parenté» découle, tout comme la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q., du devoir de fidélité inclu dans l'union civile et rendrait identique l'établissement de la filiation dans le contexte des «PA» entre les conjoints mariés et les conjoints unis civilement. Ce choix peut *a priori* surprendre puisqu'on persiste à lier le mode de filiation au statut des parents, laissant ainsi l'enfant né de concubins hétérosexuels sans «paternité automatique», ce qui, dans le contexte des «PA», peut être particulièrement problématique si le concubin refuse de reconnaître l'enfant et empêche la possession d'état⁹³. Il est vrai que dans ce dernier cas il n'y a pas de devoir légal de fidélité, mais ce justificatif à la présomption de «parenté» nous semble fort fragile – tout particulièrement dans le contexte des «PA» – surtout lorsque le législateur accepte d'étendre cette présomption à des conjoints de même sexe, s'éloignant ainsi de toute façon d'une réalité biologique et faisant jouer à la fidélité qu'un rôle faussement explicatif, prenant sa raison d'être dans un parfum moraliste, qui semble être pour le moins curieux et archaïque.

B. LE TRANSSEXUALISME

Pendant longtemps, on pensait que le délicat arbitrage entre liberté individuelle et stabilité sociale qui justifie l'encadrement étroit du changement de nom⁹⁴ ne pouvait s'appliquer quant au sexe. Celui-ci ne découlant pas de la liberté, mais du divin, de la nature, il s'imposait sans même enfreindre l'autonomie de la personne.

93. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'à défaut de pouvoir créer un lien de filiation, l'article 540 C.c.Q. prévoit la responsabilité du concubin qui avait consenti à la «PA», tant envers l'enfant qu'envers la mère.

94. Les motifs permettant un changement de nom sont prévus aux articles 58 (nom légal différent de celui d'usage; nom d'origine étrangère ou trop difficile à prononcer ou à écrire ou nom ridicule ou infâme) et 65 C.c.Q. (changement de filiation; abandon du père ou de la mère ou déchéance de l'autorité parentale du père ou de la mère). Sur l'importance de la stabilité du nom : *Plante c. Directeur de l'état civil*, [1996] R.D.F. 54 (C.S.); *Montreuil c. Directeur de l'état civil*, [1999] R.J.Q. 2819 (C.A.).

C'était là oublier les avancées possibles de la médecine. Face au transsexualisme, celle-ci met au point des interventions hormonales et chirurgicales permettant de modifier l'apparence du sexe⁹⁵. Le transsexualisme, pathologie particulière⁹⁶, doit être clairement distingué de l'homosexualité ou du travestisme. Il se «[...] caractérise par le sentiment irrésistible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, physiologiquement et juridiquement le sien, avec le besoin obsédant et constant de changer d'état sexuel, anatomie comprise»⁹⁷. Le droit la tenant pour acquise, il ne définit pas la notion de sexe. Elle est une composante unifiée qui se détermine par la simple observation du sujet. Mais la description du transsexualisme impose un changement de discours. Le sexe est pluriel. On doit compter avec le sexe génétique ou chromosomique, qui est absolument inaltérable, avec le sexe morphologique ou anatomique qui, lui, peut, du moins en apparence, être totalement ou partiellement modifié par une série d'interventions, et enfin le sexe psychosocial ou comportemental⁹⁸ dont la disparité, avec les deux précédents, caractérise le transsexualisme.

Face à cette multiplicité, le droit, à défaut de définir le sexe, doit choisir. Comment traiter celui qui, dans un corps d'homme, se sent et agit comme une femme – si tant est que cela se détermine? Ou, pire encore, comment considérer

95. L'opportunité de ces interventions ne fait pas nécessairement l'unanimité. Certains considèrent qu'elles ne font que véhiculer des stéréotypes sexuels sans nécessairement traiter le fond du problème. Voir : D. Salas, *Sujet de chair et de droit : la justice face au transsexualisme.*, Paris, PUF, 1994 à la p. 42. D'autres praticiens, avec qui nous avons eu un entretien, soulèvent également l'aspect trop mutilant des interventions chirurgicales impliquant pour l'homme, la castration par exemple.

96. Cette pathologie est recensée pour la première fois dans le DSM-III en 1980 (information puisée dans le protocole rédigé par le Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association au [www. HBIGDA.org/soc.html](http://www.HBIGDA.org/soc.html)). Selon cette même source, cette pathologie toucherait 1 homme sur 37000 et 1 femme sur 107 000. Au Québec, il y aurait environ une trentaine de cas par année. Sur l'évolution de cette pathologie et des interventions chirurgicales pouvant en découler, voir : D. Salas, *supra* note 95 à la p. 37.

97. J. Rubellin-Devichi, «Jurisprudence française en matière de droit civil – Personnes et droits de la famille», 1989 Rev. Trim. dr civ. 722, 724. Sur la nature du transsexualisme, voir également : R. P. Kouri, «Comment on transsexualism in the province of Québec» (1973) 4 R.D.U.S. 167, 169.

98. On parle aussi d'identité sexuelle (E. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques.*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 236, n° 232) ou de genre (D. Salas, *supra* note 95 à la p. 39).

celui qui, génétiquement mâle, reçoit par la médecine un corps de femme, apparence morphologique conforme à sa psyché? Refuser d'adapter le sexe juridique avec cette apparence, c'est contraindre le transsexuel à dévoiler régulièrement sa vie privée⁹⁹. C'est également lui refuser un traitement total; car si les interventions hormonales et chirurgicales visent à permettre une réunification des sexes psychique et morphologique, cette réunification ne peut être totale sans une légitimation juridique¹⁰⁰. À l'inverse, une acceptation par le droit de cette mutation sexuelle appelle l'élaboration de critères qui eux-même imposent une certaine conception de la notion de sexe. Le droit québécois élabore ces critères et permet la modification de la mention du sexe à l'état civil, et ce dès 1977¹⁰¹. C'est maintenant l'article 71 C.c.Q. qui prévoit cette mutation de l'état de la personne. Voyons-en succinctement les conditions puis les effets.

Conditions au changement de la mention du sexe. L'article 71 C.c.Q. pose quatre conditions afin de pouvoir obtenir une modification de la mention du sexe ainsi que, s'il y a lieu, du nom. La personne doit être majeure, être citoyenne canadienne et être domiciliée au Québec depuis au moins un an, ne pas être mariée¹⁰² et avoir «[...] subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels [...] apparents [...]»¹⁰³.

99. *Thompson c. D.E.C.*, J.E. 2002- 331 (C.S.) où le tribunal retient cet argument pour accueillir une requête en changement de nom. Voir en Europe la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *C.E.D., B.... c. France*, J.C.P. 1992. II. 21955; G. Cornu, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, n° 564bis à la p. 246; C. Lombois, «La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'Homme», D. 1992. chr. 363.

100. Voir : D. Salas, *supra* note 95 à la p. 38 ; L.-É. Pettiti, *Les transsexuels*, Paris, PUF, 1992 à la p. 4.

101. Art. 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, L.R.Q. C-10. Avant l'adoption de cette disposition, la modification de la mention de sexe ne semblait pas possible autrement que par le biais d'une loi privée : R. P. Kouri, *supra* note 97 à la p. 182.

102. Même si cette condition est conforme avec l'interdiction du mariage homosexuel, elle ne va pas sans critique. Elle semble créer une inégalité basée sur l'état civil; elle empêche une personne de terminer, par une légitimation juridique, le traitement de sa pathologie et elle semble bien impuissante face à l'apparence qui est de toute façon créée par les traitements. Voir : E. Deleury et D. Goubau, *supra* note 98 à la p. 241, n° 242.

103. Art. 71 C.c.Q.

Cette disposition reconnaît une certaine suprématie au sexe anatomique, à l'apparence, vocable qui d'ailleurs est présent à l'article 71 C.c.Q. Contrairement au principe établi par la Cour de Cassation dans sa décision de 1992¹⁰⁴, la nature thérapeutique de l'intervention n'est pas expressément exigée, mais elle nous semble devoir découler tout naturellement de cette disposition. L'expression «traitements médicaux» vise entre autres choses un suivi psychologique¹⁰⁵ afin de s'assurer que le patient présente un réel cas de transsexualisme¹⁰⁶. On doit éviter que le sexe juridique ne devienne un sexe de «convenance»¹⁰⁷, un sexe d'usage. Ou encore que le désir de subir les interventions cache, plutôt qu'une pathologie de transsexualité, un autre trouble comme par exemple une schizophrénie¹⁰⁸. La question qui demeure est celle de savoir quel niveau de «modification structurale des organes sexuels» est nécessaire. Il peut y avoir ici une dualité entre le sexe purement apparent et le sexe morphologique, la question du niveau de leur rencontre devant alors se poser. Comment apprécier une femme qui, ayant suivi des traitements hormonaux et subi une ablation des seins, n'a pas subi de phalloplastie? D'apparence masculine, cette femme demeure femme dans son intimité. Le Directeur de l'État civil a, en mars 1999, accepté de modifier la mention du sexe dans un cas semblable¹⁰⁹. Le sexe juridique peut alors être muté principalement

104. Cass. A.P., 11 déc. 1992, J.C.P. 1993. II. 21991.

105. Ce suivi psychologique est d'ailleurs une condition afin que l'assurance-maladie du Québec couvre les frais des interventions : *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, A-29, R.1/5 art. 22 par. (t).

106. G. Cornu, *supra* note 99 à la p. 245. Cet auteur recense quatre conditions afin de modifier la mention du sexe : la cause, soit l'existence réelle du syndrome transsexuel; la concrétisation, soit les interventions chirurgicales; sa manifestation extérieure, soit l'apparence, et enfin le comportement social.

107. *Ibid.* à la p. 246.

108. L.-É. Pettiti, *supra* note 100 à la p. 104.

109. Dans ce cas, la femme avait également subi une salpingo-ovariectomie et une hystérectomie. Seul manquait le sexe masculin. Cette décision ne fait l'objet d'aucune publication. Selon les discussions que nous avons eues avec un responsable de l'État civil, une telle décision dépend des circonstances. D'autres cas de ce type ont pu donner un résultat différent. Le Directeur de l'État civil avait mis sur pied, suite à cette décision, un comité afin d'établir des critères d'application de l'article 71 C.c.Q. Ce comité semble ne pas avoir pu s'entendre sur un rapport. Après avoir discuté avec certains praticiens spécialisés, il semble qu'il y ait effectivement dissension sur le rôle et le bienfait des interventions chirurgicales. Pour certains, l'on doit distinguer la transformation d'un homme en femme de celle d'une femme en homme. Dans la première situation, la castration devrait nécessairement être pratiquée avec la fabrication d'un vagin, sans quoi l'on serait face à une intervention mutilante

par la volonté du patient et par l'apparence sociale suite, il faut le dire, à un suivi médical garantissant en principe l'existence de la pathologie de transsexualité. Certes, il y a eu modification structurale des organes sexuels, mais par leur ablation uniquement. Les caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux.

Effets du changement de la mention du sexe. Cette modification de l'état de la personne ne modifiant aucunement, à l'instar du changement de nom, les droits et obligations de la personne¹¹⁰, les effets du changement de la mention de sexe sont simples et limités. Ainsi, il produit la modification de l'acte de naissance de la personne¹¹¹. Le Directeur de l'État civil doit alors dresser un nouvel acte d'état civil qui se substitue à l'initial¹¹² et une mention du nouvel état doit être indiquée sur l'acte initial qui ne peut alors être consulté que par la personne elle-même¹¹³. Seul l'acte de naissance de la personne est ainsi modifié; l'acte antérieur de mariage ou l'acte de naissance de ses enfants, s'il y a lieu, ne sont pas affectés. Le changement de la mention du sexe en ce sens n'atteint ni le passé ni les tiers¹¹⁴. Ces règles du Code civil du Québec semblent devoir mettre de côté une décision de 1988 dans laquelle on avait permis à une femme,

résultant en une personne ni homme ni femme; ces deux interventions seraient donc nécessaires à la modification de la mention de sexe. Dans la seconde situation, l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie devraient suffire dans la mesure où la phalloplastie – résultant en un sexe masculin non fonctionnel – est très coûteuse (et non prise en charge par l'État) et très défigurante. C'est ce qui justifierait la décision de la Direction de l'État civil. Pour d'autres praticiens, les interventions chirurgicales en changement de sexe, quelles qu'elles soient, devraient être, le plus possible, évitées. Pour ce faire, l'on devrait, selon eux, accepter le changement de la mention du sexe dès après l'hormonothérapie afin de légitimer juridiquement, dès ce moment, le changement et ainsi rendre, potentiellement, l'intervention chirurgicale non nécessaire. Le sexe apparent, dans tous les cas, suffirait ici. Pour une critique de la décision du Directeur de l'État civil : M. -D. Castelli et D. Goubau, *Précis de droit de la famille*, 3^e éd., Québec, PUL, 2001 à la p. 15.

110. Même si cela n'est pas clairement indiqué dans le Code, on doit appliquer par analogie le principe de l'article 68 C.c.Q. Voir : E. Deleury et D. Goubau, *supra* note 98 à la p. 244, n° 251.

111. Art. 73 al. 2 C.c.Q.

112. Art. 132 C.c.Q.

113. Art. 149 C.c.Q.

114. Art. 73 al. 2 C.c.Q.

devenue un homme, d'adopter, en tant que père, son propre enfant, cette décision, selon le tribunal, étant justifiée dans l'intérêt de l'enfant¹¹⁵.

Quant au nom, l'article 71 C.c.Q. précise expressément qu'il peut être modifié. Ce n'est par ailleurs pas un accessoire automatique du changement de sexe et la demande doit être faite dans une procédure distincte de celle du changement de la mention de sexe¹¹⁶. La Cour d'appel a précisé que le prénom n'a pas pour objet de désigner le sexe d'une personne¹¹⁷. Dans cette affaire, le requérant, qui se présente comme un «transgender», – c'est-à-dire un homme qui se considère, vit et se présente comme une femme, mais qui ne désire pas modifier son sexe – demande le changement de son prénom afin de le réassigner à son sexe féminin apparent¹¹⁸. La Cour d'appel refuse, en un premier temps, cette demande non pas parce que cela créerait une ambiguïté entre son sexe (qui demeure masculin) et son prénom, mais tout simplement parce que le requérant ne peut rencontrer un des motifs limités de l'article 58 C.c.Q. afin de justifier ce changement de nom¹¹⁹. *A contrario*, cette décision doit signifier qu'une personne ayant modifié juridiquement son sexe n'est pas contrainte de demander la modification de son prénom afin de rendre ces deux éléments en apparence concordants; le nom et le sexe visent des buts distincts et sont autonomes l'un de l'autre. Il reste que la réassignation sexuelle, pour être complète, doit selon

115. *Droit de la famille* – 480, [1988] R.J.Q. 1138. Cette décision ne nous semble également plus possible aujourd'hui en ce qu'elle irait à l'encontre de l'article 543 C.c.Q., qui, quoique prévoyant que l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant, interdit l'adoption lorsqu'elle a pour but de confirmer une filiation biologique. Pour un commentaire de cette décision : R. Joyal, «Transsexualisme et identité parentale» (1989) 20 R.D.U.S. 155.

116. Art. 24 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, (1993) 125 G.O. II, 8053.

117. *Montreuil c. Directeur de l'état civil*, *supra* note 94.

118. Ce sens à la notion de «transgender» est celui que lui donne le demandeur dans cette cause. Il est à noter que selon le *Standards of Care for Gender Identity Disorders* du Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's cette expression ne réfère pas à un diagnostic précis et est donc susceptible de recevoir plusieurs sens distincts.

119. La Cour d'appel dans cette première décision entérine la politique du directeur de l'état civil selon laquelle l'usage d'un prénom doit perdurer pendant au moins cinq ans afin de pouvoir, pour ce motif, obtenir une modification du prénom, ce qui n'était pas le cas ici. Puis, dans une décision du 7 novembre 2002 (*Montreuil c. D.E.C.*, 200-09-003658-017), la Cour d'appel, compte tenu des «circonstances particulières du dossier» (par. 19) décide, à la majorité, d'accorder la modification du prénom et ce sans attendre l'écoulement des cinq années.

nous passer par une unification de l'apparence, dans tous ses éléments – incluant le prénom –, au nouvel état. D'ailleurs, en ce sens, un récent jugement de la Cour supérieure vient d'accueillir une requête en changement de prénom d'un homme qui était dans le processus de changement de sexe¹²⁰. En plus de constater l'usage du prénom demandé – Adja, nom à sonorité neutre – depuis sept ans (rencontrant donc le critère du Directeur de l'État civil), le tribunal motive sa décision principalement par le fait que le nom faisait justement partie intégrante du processus de changement de sexe que le requérant souhaitait et que cela allait éviter que le requérant doive divulguer sa vie privée à toutes les fois où il doit présenter son identité.

Pour le reste, les effets sont minces en ce que le sexe n'emporte qu'une seule conséquence particulière aux termes du Code civil : le mariage. Une fois la mention du sexe modifiée, le droit ne reconnaît plus que ce nouvel état. Cette personne peut alors tout naturellement contracter mariage avec une personne de sexe opposé, donc du même sexe génétique¹²¹. Dans le cas où le conjoint n'aurait pas été mis au courant de cet état de fait, celui-ci pourrait certainement demander la nullité du mariage pour le motif d'erreur sur les qualités essentielles de la personne¹²². Enfin, il est généralement reconnu que le changement de sexe ne doit aucunement porter à conséquence dans le cadre des questions de garde ou d'accès des enfants, le seul critère étant celui de l'intérêt de ce dernier¹²³.

120. *Thompson c. D.E.C.*, *supra* note 99.

121. Voir, en droit européen : *Goodwin c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 28957/95, 11 juillet 2002.

122. Ce qui pourrait se produire dans la mesure où l'acte de naissance sur lequel est basé la publication du mariage est celui postérieur à la modification de l'état. Sur la question de la nullité fondée sur l'erreur : E. Deleury et D. Goubau, *supra* note 98, n° 255 à la p. 246; B. Moore, «L'absence d'intention conjugale : mariage simulé ou erreur sur la personne?» (2000) 102 R. du N. 245; *Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81.

123. E. Deleury et D. Goubau, *supra* note 98, n° 258 à la p. 247.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES MINORITÉS EN DROIT DES BIENS ET DES OBLIGATIONS AU QUÉBEC : QUELQUES ASPECTS

Auteur(s) : Adrian POPOVICI

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 261-274

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12285>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12285>

Page vide laissée intentionnellement.

LES MINORITÉS EN DROIT DES BIENS ET DES OBLIGATIONS AU QUÉBEC : QUELQUES ASPECTS*

par Adrian POPOVICI**

SOMMAIRE

I.	Les minorités au sein de la société québécoise : l'apothéose de l'individu?	264
II.	Les minorités au sein de groupements : la dictature de la majorité?	269

*, Exposé présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Le grand défi du présent rapport est d'abord la délimitation du sujet devant être traité. Il s'agit d'un aspect du droit relatif à des minorités en droit *civil* québécois, la partie qui traite des personnes et de la famille étant confiée à notre collègue Benoit Moore. De plus, la question des minorités est tout naturellement plutôt du domaine du droit public et du droit international... Il convient de ne pas empiéter sur ces terres et même d'éviter aussi de traiter des minorités en droit des affaires (sociétés commerciales), tout en respectant les choix et les balises établis par notre rapporteur général, le doyen Jacques Mestre. De surcroît, autant que faire se peut, il faut aussi éviter de faire double emploi avec les sujets des journées Henri Capitant de l'an dernier qui portaient sur la discrimination.

La notion de minorité présuppose deux groupes de personnes, le premier majoritaire, le second minoritaire. Il convient de se pencher sur la façon dont s'articule cette lapalissade dans le cadre du droit civil. Le droit privé se préoccupe principalement des droits et devoirs de l'individu, lequel, il est vrai, peut faire partie d'une minorité significative à l'intérieur de la société québécoise. Si le droit reconnaît et sanctionne ses droits individuels (dont son droit à l'égalité), n'est-ce pas clairement souvent dans le but de protéger des groupes minoritaires? Il conviendra d'abord de se pencher sur le sort de certaines minorités au sein de la société québécoise : leur protection par le biais de droits individuels est-elle une illustration de l'apothéose de l'individu?

D'autre part, lorsque le droit civil régleme directement l'organisation et le fonctionnement de groupements, en tant que tels, c'est la loi de la majorité qui l'emporte à première vue, à telle enseigne que l'on peut se poser la question suivante : est-ce la consécration de la dictature de la majorité?

Notre rapport sera donc agencé autour de deux axes : I – Les minorités au sein de la société québécoise : l'apothéose de l'individu? II – Les minorités au sein de groupements de droit civil : la dictature de la majorité?

I. Les minorités au sein de la société québécoise : l'apothéose de l'individu?

Il est clair que les droits garantis par l'État aux minorités - nous écartons volontairement les minorités linguistiques et autochtones - se présentent pour la plupart non pas comme les droits collectifs d'une minorité, mais comme des droits individuels. Il s'agit là sans aucun doute de l'héritage du libéralisme fondé sur le respect des droits et libertés *individuels*¹. Tant la *Charte* canadienne de 1982 [«Chacun a les libertés [...] ; chacun a droit»] que la *Charte* québécoise de 1975 [«Toute personne a droit ...»] épousent cette façon de voir².

La protection d'un groupe minoritaire passe donc par la protection de l'individu, membre de ce groupe. C'était et c'est encore l'individu qui est l'objet de la réglementation du droit civil. On pourrait même argumenter que c'est une conception civiliste qui est consacrée par les textes sanctionnant les droits fondamentaux. Il n'est pas dans notre propos de tenter de définir ce qu'est une minorité³. Puisqu'il faut exclure les minorités ethniques et linguistiques⁴, restent surtout les groupes de personnes qui suivent une croyance ou une religion «différente» ou qui épousent un mode de vie significatif «différent». Il est toujours tentant de tomber dans le piège - qu'il convient à tout prix d'éviter - de faire appel au droit public et aux garanties constitutionnelles, même si on ne peut nier que le droit civil baigne dans leurs eaux. Notre propos est donc strictement limité, autant que faire se peut, au droit privé, civil de surcroît. Cependant, il faut souligner que différemment de la *Charte* canadienne de 1982⁵ qui ne vise que les actions gouvernementales et les recours de l'individu à leur encontre, la *Charte* québécoise⁶ est caractérisée par son ambivalence; elle a non

-
1. D. Proulx, «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative» (1980) 10 R.D.U.S. 381.
 2. J. Deschênes, «Qu'est-ce qu'une minorité?» (1986) 27 C. de D. 254.
 3. F. Rigaux, «Mission impossible : la définition de la minorité» (1997) Rev. trim. dr. h. 155; A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
 4. Selon les instructions du doyen Mestre.
 5. *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*, L.R.C. 1985, App. 11, n° 44.
 6. *Charte de droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

seulement un effet vertical mais son application est horizontale et vise les rapports strictement de droit privé⁷.

Il est cependant inéluctable de devoir traiter des minorités dans le cadre de la discrimination ou du droit à l'égalité, quitte à le faire à travers le prisme des droits individuels des membres de ces minorités; toujours en ayant à l'esprit d'éviter de réitérer ce qui aura été dit lors du colloque de l'Association Henri Capitant qui portait l'an dernier précisément sur la discrimination.

Il faut dire qu'en matière de discrimination, la jurisprudence québécoise (et canadienne) qui s'inspire des arrêts de la Cour suprême a atteint un degré de sophistication et de raffinement extrême. Notre approche ne pourra être que sommaire, voire grossière.

La *Charte* québécoise contient un chapitre de plus d'une vingtaine de dispositions intitulé «Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés» dont nous reproduisons ci-dessous les principales :

Art. 10 : [Discrimination interdite] Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

[Motif de discrimination] Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Art. 12 : [Discrimination dans formation d'acte juridique] Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

7. A. Morel, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction» (1986) 17 R.D.U.S. 49.

Art. 13 : [Clause interdite] Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

[Nullité] Une telle clause est sans effet.

Art. 15 : [Lieux publics accessibles à tous] Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.

Art. 16 : [Non-discrimination dans l'embauche] Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Art. 17 : [Discrimination par association d'employeurs ou de salariés interdite] Nul ne peut exercer de discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association d'employeurs ou de salariés ou de tout ordre professionnel ou association de personnes exerçant une même occupation.

La personne qui est victime de discrimination a à sa disposition les recours du droit commun pour faire cesser la discrimination et obtenir réparation du préjudice qui en résulte⁸.

Cependant, la *Charte* québécoise prévoit en outre un mécanisme particulier qu'il convient de décrire dans ses grandes lignes. Celui qui se prétend victime d'une discrimination peut porter plainte à la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*⁹. Le rôle de la Commission est de faire

8. *Supra* note 6, art. 49. L'article 49, alinéa 2, ajoute qu'«en cas d'atteinte illicite et intentionnelle [à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte], le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages punitifs». Il s'agit des dommages exemplaires, sorte de peine privée inspirée du common law.

9. *Supra* note 6, art. 71 et 74.

enquête, d'amener éventuellement les parties à une entente. Elle portera, sans frais pour le contribuable, si elle l'estime adéquat, la cause devant le *Tribunal des droits de la personne*¹⁰. Lorsque la personne concernée se prétend victime de discrimination dans le cadre de son emploi, de son logement, ou dans la fourniture de biens et de services, il sera du ressort du Tribunal des droits de la personne de statuer.

Une des particularités du droit de la discrimination est le devoir ou l'obligation d'*accommodement* dont il convient de dire quelques mots. Cette obligation d'accommodement «raisonnable» s'applique principalement dans les relations d'emploi et de fourniture de biens et de services destinés au public. Elle consiste dans l'obligation pour un contractant de «modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, surtout ethniques et religieuses»¹¹. Ainsi, par exemple, offrir à un employé dont la religion prohibe toute activité un samedi, un autre jour de travail¹².

Jusqu'ici nous avons décrit des situations où les droits d'une minorité sont exprimés, concrétisés, par l'individu qui en est membre. Il ne s'agit pas toutefois d'une «apothéose» de l'individu, mais d'une prédominance. En effet, le système prévoit l'*intervention* du groupe minoritaire pour faire valoir ses droits et intérêts, d'abord en raison de voies procédurales particulières, ensuite pour éviter l'application indiscriminatoire de dispositions antidiscriminatoires (*sic*).

Que ce soit en vertu des règles générales de procédure ou en vertu de la procédure particulière en matière de discrimination devant le Tribunal des droits de la personne, le groupe minoritaire, en tant que tel, peut intervenir. En vertu

10. *Ibid.*, art. 84.

11. J. Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 à la p. 328; C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.

12. L'affaire *Amselem* dont nous reparlerons est un bon exemple de la façon habituelle de procéder.

du *Code de procédure civile*, c'est autour de la notion d'*intérêt*¹³ interprétée très libéralement en droit public¹⁴ que l'opportunité d'une intervention d'un groupe organisé ou représentatif sera jugée¹⁵.

En vertu de la *Charte* québécoise, une plainte à la Commission peut aussi «être portée, pour le compte de la victime ou d'un groupe de victimes, par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupement ...»¹⁶ et ces groupes peuvent devenir «parties à la demande» devant le Tribunal des droits de la personne en vertu de l'article 116 al. 2 de la *Charte* québécoise.

D'autre part, l'article 20 de la *Charte* québécoise protège un type de discrimination qui n'est pas illicite. Il se lit ainsi¹⁷ :

Une distinction, exclusion ou préférence [...] justifiées par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

La Cour suprême en 1988¹⁸ a jugé qu'il fallait interpréter cette exception de façon libérale : elle limite les droits de certains individus et donne des droits à certains groupes, favorisant ainsi le droit d'association. L'effet de l'article 20 est de protéger certaines minorités en permettant une certaine discrimination. Ce volet de l'article 20 «établit dans des circonstances précises la primauté des droits du groupe sur les droits de l'individu»¹⁹.

13. Art. 208 C.p.c.

14. Voir, par exemple, *Caron c. Canada*, [1988] R.J.Q. 2333 (C.A.); *Commission scolaire Ancienne-Lorette-Montcalm c. Commission des droits de la personne*, [1993] R.D.J. 643 (C.A.).

15. Il faut mentionner les dispositions du *Code de procédure civile* concernant les actions collectives : art. 999 et s.

16. *Supra* note 6, art. 74.

17. Dans notre version abrégée.

18. *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne*, [1988] 2 R.C.S. 279.

19. *Ibid.*

C'est précisément ce genre de primauté qui prévaut lorsque le droit civil traite de groupements.

II. Les minorités au sein de groupements : la dictature de la majorité?

Lorsque le Code civil traite de groupements de personnes, il fait appel à la règle de la majorité. Cette majorité est parfois *qualifiée* pour la prise de décisions à conséquences graves.

Ainsi, le conseil de tutelle (ancien conseil de famille) prend ses décisions à la majorité des voix (article 234 C.c.Q.). Il en est de même pour le Conseil d'administration de la personne morale (article 336) ou son assemblée (article 351 C.c.Q.). Il est intéressant de noter que 10% des voix de l'assemblée suffisent pour requérir la convocation d'une assemblée et que la dissolution de la personne morale exige les 2/3 des voix exprimées (article 356 C.c.Q.).

Le Code civil du Québec a légiféré sur le «contrat d'association» et l'article 2272 est pertinent :

Art. 2272 : Tout membre a le droit de participer aux décisions collectives et le contrat d'association ne peut empêcher l'exercice de ce droit.

Ces décisions, y compris celles qui ont trait à la modification du contrat d'association, se prennent à la majorité des voix des membres, sauf stipulation contraire dudit contrat.

La règle de la majorité se retrouve dans le contexte des décisions relatives à l'administration d'un bien indivis dans le chapitre sur la *copropriété par indivision* : article 1026. Cependant, les décisions visant à aliéner le bien indivis, à le partager, à le grever d'un droit réel, à en changer la destination ou à y apporter des modifications substantielles sont prises à l'unanimité (2^e alinéa).

La rigueur de la règle «Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision» a été atténuée dans le nouveau Code civil; par exemple par une convention. Cependant, l'article 1031 prévoit que

Art. 1031, al. 1 : Malgré toute convention contraire, les trois quarts des indivisaires, représentant 90 p. 100 des parts, peuvent mettre fin à la copropriété indivise d'un immeuble principalement à usage d'habitation pour en établir la copropriété divise.

En matière de *copropriété divise d'un immeuble*, la règle de la majorité prévaut aussi²⁰. Cependant doivent être cités les articles 1097 et 1098 :

Art. 1097 : Sont prises à la majorité des copropriétaires, représentant les trois quarts des voix de tous les copropriétaires, les décisions qui concernent :

- 1° Les actes d'acquisition ou d'aliénation immobilière par le syndicat;
- 2° Les travaux de transformation, d'agrandissement ou d'amélioration des parties communes, ainsi que la répartition du coût de ces travaux;
- 3° La construction de bâtiments pour créer de nouvelles fractions.
- 4° La modification de l'acte constitutif de copropriété ou de l'état descriptif des fractions.

Art. 1098 : Sont prises à la majorité des trois quarts des copropriétaires, représentant 90 p. 100 des voix de tous les copropriétaires, les décisions :

- 1° Qui changent la destination de l'immeuble;
- 2° Qui autorisent l'aliénation des parties communes dont la conservation est nécessaire au maintien de la destination de l'immeuble;
- 3° Qui modifient la déclaration de copropriété pour permettre la détention d'une fraction par plusieurs personnes ayant un droit de jouissance périodique et successif.

Cet exposé serait incomplet sans quelques mots sur la liberté d'association telle qu'elle se présente dans les relations privées, car bien sûr il s'agit d'une liberté publique constitutionnellement protégée.

Par définition, la liberté d'association ne peut s'exercer seule ! Les recours de celui qui est brimé dans l'exercice de cette liberté sont plutôt des

20. Art. 1096 C.c.Q; voir l'art. 1090.

recours individuels²¹. Il serait fastidieux de s'aventurer dans les méandres de la législation visant les syndicats. Là aussi, dans le pays fédéral qu'est le Canada, le droit québécois côtoie le droit canadien selon la division des compétences législatives constitutionnelles.

La *liberté d'adhérer* à un syndicat est même protégée par la sanction d'une infraction criminelle (article 425 *Code criminel* du Canada). Elle est formellement encadrée par l'article 8 du *Code canadien du travail*²² et par l'article 3 du *Code du travail*²³ du Québec...

Même si trois juges minoritaires de la Cour suprême²⁴ semblent en douter, la liberté syndicale comprendrait la liberté de ne pas adhérer à un syndicat²⁵. *Cependant*, la contribution financière de tous les salariés de l'unité a été jugée comme conforme à la liberté d'association protégée par l'article 2d de la *Charte canadienne*²⁶. C'est la «formule Rand» qui est même imposée, au Québec, par voie législative (article 47 C.t.).

En matière de sécurité syndicale, on reconnaît non seulement la clause d'atelier syndical imparfait en vertu de laquelle les travailleurs doivent devenir membres du syndicat après l'expiration d'un certain délai après la date de l'emploi (en général 90 jours), mais la clause d'atelier syndical parfait qui prévoit carrément l'adhésion forcée au syndicat pour travailler, dans certains domaines.

21. Il faut noter aussi le recours qui peut être exercé par le syndiqué contre le syndicat qui aurait commis une faute dans l'exercice de son obligation de représentation syndicale : voir J.-D. Gagnon, «Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois» (1981) 41 R. du B. 639.

22. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2.

23. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

24. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. La Cour suprême est d'avis que le droit d'association ne protège pas le droit de négociation collective ni le droit de grève, en vertu de la *Charte canadienne*.

25. Voir F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998 aux pp. 745 et s. et la décision, pour le moins ambiguë de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] C.S.C. 70.

26. Affaire *Lavigne*, précitée note 24.

À titre d'illustration d'une part et de curiosité d'autre part, sont reproduits ici les 2 premiers aliénas de l'article 70 du *Code canadien du travail*²⁷:

Art. 70 : (1) [Retenue de la cotisation syndicale] À la demande du syndicat qui est l'agent négociateur des employés d'une unité de négociation, la convention collective conclue avec l'employeur doit contenir une disposition obligeant ce dernier à prélever sur le salaire versé à chaque employé régi par la convention, que celui-ci adhère ou non au syndicat, le montant de la cotisation syndicale normale et à le remettre sans délai au syndicat.

(2) [Objection d'ordre religieux] S'il est convaincu que le refus d'un employé de faire partie d'un syndicat ou de lui verser la cotisation syndicale normale est fondé sur ses croyances ou convictions religieuses, le Conseil peut, par ordonnance, exempter l'employé des dispositions de la convention collective exigeant soit l'adhésion syndicale comme condition d'emploi, soit le versement de la cotisation syndicale normale à un syndicat. L'intéressé est alors tenu de verser, soit directement, soit par prélèvement sur son salaire, un montant équivalent à la cotisation syndicale normale à un organisme de bienfaisance enregistré agréé à la fois par l'employé et le syndicat.

Le second alinéa a été interprété par la Cour d'appel du Manitoba (province qui avec d'autres : - l'Ontario par exemple - a légiféré de la même manière que le fédéral) dans *Re Funk and Manitoba Labour Board*²⁸. Il s'agissait d'un individu appartenant à la religion Mennonite, qui ne prohibait pas directement l'adhésion à un syndicat. Il a été jugé cependant que si la prohibition faisait partie des croyances *personnelles* du sujet, elle justifiait l'objection d'ordre religieux visée par la loi.

Nous concluons cet exposé par ce qui aurait pu en servir d'introduction : en faisant état d'une récente décision de la Cour supérieure du

27. Voir aussi *Ontario Labour Relations Act*, S.O. 1995, C. 1, schedule A, sect. 52.

28. *Re Funk and Manitoba Labour Board* (1976) 66 D.L.R. (3^e) 35.

Québec, décision confirmée en appel le 12 avril 2002, l'affaire *Northcrest c. Amselem*²⁹.

Il s'agit d'un litige entre le Syndicat de copropriétaires d'un immeuble haut de gamme d'une part et, d'autre part, une demi-douzaine d'individus juifs orthodoxes. Le syndicat demande à la Cour supérieure d'ordonner aux intimés de s'abstenir d'ériger et de démolir sur les parties communes à usage exclusif de la copropriété - les balcons, en l'occurrence - des «souccahs». Ces dernières sont des petites cabanes sans toit pour célébrer la fête du «soukot» et sont utilisées pour une période de huit jours à compter du coucher du soleil pour prendre des repas (à défaut d'y dormir vu le climat canadien).

La défense - il faut souligner l'*intervention* de «The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada» - repose essentiellement sur la non-conformité d'une clause *contractuelle* interdisant toute construction de quelque nature que ce soit sur le balcon avec le droit à la liberté de religion.

Le juge souligne que «pour porter atteinte à la liberté de religion, la clause contractuelle doit, soit directement ou par effet préjudiciable contraindre une personne à agir contrairement à sa conviction religieuse, soit lui interdire un geste considéré obligatoire par sa religion».

En se basant sur une analyse étoffée, le juge accorde l'injonction demandée : la clause attaquée, selon la preuve et les circonstances, n'empêche pas les intimés de remplir leur devoir religieux; de plus, des accommodements raisonnables, à la charge de l'ensemble des copropriétaires, ont été refusés par les requérants.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur le fond. Voilà une cause qui touche le droit des contrats (même des biens) et les minorités. On constate : 1. à l'intérieur d'un *contrat* multilatéral, l'affaire met en jeu une majorité des copropriétaires opposée à une minorité. Un groupe minoritaire au sein d'un groupement de droit civil; 2. Ce sont les individus, en tant que tels qui sont visés

29. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892; P. G. Champagne, «Droits et recours des copropriétaires», dans *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Service de la formation permanente (159), Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001, 139.

et ils font valoir leurs droits *individuels* (État libéral); 3. Ces individus font partie d'un groupe minoritaire dans la *société* québécoise (minorité reliée à la religion); 4. Le système procédural en tient compte, car même si les droits sont individuels, on permet à des représentants du groupe visé d'intervenir.

Cette affaire a été confirmée en Cour d'appel³⁰ et permission de la Cour suprême du Canada a été par la suite obtenue par les appelants. À suivre, par conséquent.

30. *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.).

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

Auteur(s) : Michèle RIVET

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 275-305

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12286>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12286>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

par Michèle RIVET*

Les discriminations sont, depuis toujours, omniprésentes dans la société. Le principe de non-discrimination comme fondement du droit à l'égalité a tout d'abord été reconnu en droit international, puis les pays ont emboîté le pas et ce, tant sur le plan régional que national. Bien que le droit positif ait grandement évolué en cette matière, il reste encore beaucoup de chemin à parcourir pour que le droit à l'égalité, ou à la non-discrimination, pénètre en profondeur le monde du travail.

Le norme anti-discriminatoire se retrouve généralement insérée dans le droit constitutionnel, balisant ainsi le domaine public. Mais dans le domaine du travail, le principe de non-discrimination se pose en termes de pluralité de régimes. La règle de droit s'inscrit dans le droit civil, dans le droit du travail, ou encore en droit pénal, quand ce n'est pas dans les trois champs parallèlement. Une telle situation engendre une pluralité de contentieux, sans pour autant se traduire par une grande protection.

Dans ce rapport général, l'auteure examine quelque onze rapports nationaux provenant de pays d'Amérique du Nord, d'Amérique du Sud, d'Europe, du Moyen-Orient, et d'Asie.

Discrimination has always been omnipresent in society. First recognized in International law, the principle of non-discrimination as a basis of the right to equality has then been adhered to by individual countries, both on a national and regional level. Although positive law has greatly evolved in this regard, much has to be accomplished before the right to equality or the right to non-discrimination is fully accepted in the field of labour relations.

The rule of non-discrimination, generally found in constitutional law, sets the parameters of the public domain. However, in matters related to labour law, the non-discrimination principle applies to many legal regimes. For instance, this rule of law may figure in civil law, in labour law and in penal law or in all three concurrently. This type of situation, while generating much litigation, does not necessarily provide better protection.

In this general report, the writer examines eleven national reports of certain North American, South American, European, Middle Eastern and Asian countries.

*, Présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec.

SOMMAIRE

Introduction	277
1 - La notion de discrimination	277
A - Les sources du droit de ne pas subir de discrimination	277
a) Le droit international	278
b) Le droit régional	280
c) Le droit interne	282
B - Certains points de convergence	283
a) Les distinctions entre les diverses formes de discrimination	283
b) Le régime de preuve	286
2 - La discrimination dans l'organisation du travail	288
A - Les protections générales à l'égard des travailleurs	288
a) L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe	289
b) Le principe de l'égalité salariale	291
c) La portée du motif «race»	295
B - Les mécanismes de protection et les recours	297
C - Les réparations en matière de droits de la personne	301
Conclusion	304

Introduction

Les Journées Capitant de Paris et Bruges, tenues en mai 2001, nous ont conviés à examiner les diverses composantes de la discrimination. Dans le cadre de ces journées, le thème qui fut le nôtre pose la question des discriminations dans la vie au travail, question qui nous renvoie nécessairement aux principes mêmes de la non-discrimination et du droit à l'égalité qualifiés, à juste titre, de droits fondamentaux.

Thème fascinant, s'il en est un, puisque l'ensemble des rapports nationaux nous montre combien le droit positif a évolué et, dans un même souffle, combien de chemin il reste encore à faire pour que le droit à la non-discrimination, certains diront le droit à l'égalité, pénètre en profondeur le monde du travail.

Dans notre rapport général¹, suivant le questionnaire auquel les collègues des différents pays ont répondu, nous aborderons dans un premier temps les sources du droit de ne pas subir de discrimination et ce, au niveau international, régional et en droit interne. Par la suite, nous examinerons les points de convergence qui ressortent des rapports sur les formes de discrimination ainsi que le régime de preuve. Nous nous pencherons ensuite sur la vie au travail, plus spécifiquement sur deux motifs importants d'interdit de discrimination, soit le sexe et la race, pour enfin regarder les mécanismes de protection et les recours, puis nous terminerons avec les réparations.

1 - La notion de discrimination

A - Les sources du droit de ne pas subir de discrimination

Dans la vie au travail, les discriminations sont omniprésentes. De l'embauche à la fin du contrat de travail, l'employeur est confronté à différents choix qui impliquent, sous une forme ou une autre, des discriminations. Alors que certaines formes de discrimination sont légitimes et participent d'une saine

1. Nous avons reçu, suite au questionnaire envoyé, des rapports nationaux provenant de Belgique, du Brésil, d'Espagne, de France, du Japon, de Louisiane, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Québec, de la Syrie et du Tchad.

administration de l'entreprise, certaines discriminations fondées sur des caractéristiques individuelles sont contraires à la dignité inhérente à l'être humain et, partant, feront l'objet d'interdit; qu'il se soit agi, au cours des années passées, de l'esclavage², de la ségrégation raciale, ou qu'il s'agisse aujourd'hui du traitement différent des femmes sur le marché du travail, des exclusions en raison de la religion, de la couleur, de l'origine ethnique pour ne nommer que ces exemples. Le contrat individuel ou collectif de travail devra désormais répondre à des impératifs supérieurs pour être légal.

a) Le droit international

Au lendemain de la découverte des actes de barbarie auxquels a donné lieu la seconde guerre mondiale, la communauté internationale s'est engagée dans l'élaboration d'un corpus normatif ayant comme objectif ultime la reconnaissance de la dignité humaine comme valeur fondamentale. La *Déclaration universelle des droits de l'Homme*³ de 1948, qui se présente comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples visant à garantir les droits et libertés, constitue la première pierre de cet édifice en devenir.

Mais les premières références à la notion d'interdit de discrimination en raison du sexe ou d'autres motifs se rattachant aux caractéristiques individuelles se font dans le champ du droit international du travail, par l'Organisation internationale du travail (OIT). Créée en 1919 dans le but d'adopter des normes internationales pour remédier aux «conditions de travail impliquant l'injustice, la misère et les privations», l'OIT étend son mandat normatif à des questions liées à la politique sociale, aux droits de l'homme et aux droits civils. Fidèle à

-
2. En 1789, la Constitution américaine (1789) ne contient aucune disposition relative à l'esclavage, phénomène constituant pourtant la forme la plus flagrante de discrimination à cette époque. Malgré les amendements constitutionnels de 1865 (le 13^e amendement met fin à l'esclavage), de 1868 (le 14^e amendement pose le principe de l'égalité des droits de tous les citoyens des États-Unis) et de 1870 (le 15^e amendement garantit à tous le droit de vote sans distinction de race, couleur ou condition antérieure de servitude), il faudra attendre plus de cent cinquante années pour que la Cour suprême des États-Unis se prononce sur le caractère discriminatoire de la ségrégation raciale (Voir *Brown c. Board of Education of Topeka*, Cour suprême des États-Unis, 1954).
 3. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

sa Constitution, la Conférence générale de l'OIT adopte en 1951 la *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*⁴ et, en 1958, la *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*⁵, conventions qui édictent la norme de l'interdit de discriminer. La discrimination y est définie comme «toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur [l'un des motifs énumérés] qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession»⁶. L'élimination de la discrimination dans la vie au travail demeure toujours une préoccupation centrale de l'OIT. Elle constitue d'ailleurs l'un des pôles de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁷ adoptée par l'Organisation internationale du travail en 1998⁸. Cet instrument engage les 175 États membres de l'OIT à respecter, promouvoir et réaliser les principes énoncés dans les huit conventions identifiées comme fondamentales⁹ et ce, même en l'absence de ratification.

-
4. *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, 29 juin 1951, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 34^e session, entrée en vigueur le 23 mai 1953.
 5. *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, 25 juin 1958, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 42^e session, Rapport III, Partie 4B.
 6. *Ibid.*, art. 1 a).
 7. *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 19 juin 1998, adoptée par la Conférence internationale du travail, 86^e session.
 8. La Déclaration repose sur quatre pôles : la liberté syndicale, l'abolition du travail forcé, l'élimination de la discrimination et l'élimination du travail des enfants.
 9. *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 31^e session, entrée en vigueur le 4 juillet 1950; *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 32^e session, entrée en vigueur le 18 juillet 1951; *Convention (n° 29) sur le travail forcé*, 28 juin 1930, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 14^e session, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932; *Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé*, 25 juin 1957, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 40^e session, entrée en vigueur le 17 janvier 1957; *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, *supra* note 5; *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, *supra* note 4; *Convention (n° 138) sur l'âge minimum*, 26 juin 1973, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 58^e session, entrée en vigueur le 19 juin 1976; *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants*, 17 juin 1999, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 87^e session, entrée en vigueur le 19 novembre 2000.

b) Le droit régional

Le principe de non-discrimination comme fondement du droit à l'égalité a tout d'abord été reconnu en droit international. Par la suite, les pays emboîteront le pas et ce, tant sur le plan national que régional. L'exemple de l'Europe est à cet égard fort éloquent. Qu'il s'agisse de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, qui constitue la première expression contraignante des principes énoncés dans la *Déclaration*¹⁰, de la Charte ou du droit communautaire européen, on y retrouve l'empreinte des acquis internationaux de protection des droits de l'homme qui agissent comme moteur de changement du droit interne.

La toute récente *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*¹¹ «réaffirme [...] les droits qui résultent notamment [...] des obligations internationales communes aux États membres, [dont] les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité»¹². La Charte communautaire élargit le champ de protection des droits de l'homme aux droits économiques et sociaux et, dans un même temps, renforce la dimension politique de la construction communautaire : des avenues que les deux Pactes internationaux des droits de l'homme¹³ avaient pavées. La Charte, à son chapitre 3 intitulé «Égalité», traite de la non-discrimination comme droit fondamental. Cette reconnaissance s'inscrit dans la foulée du corpus législatif élaboré par la Communauté européenne depuis plus de trente ans.

10. P. Leuprecht et O. Delas, «Cinquante ans de *Convention européenne des droits de l'Homme* – la Convention européenne : un chef d'œuvre en péril?» 13.1 (2000) *Revue québécoise de droit international* VII.

11. 2000/C 364/01.

12. *Ibid.*, préambule.

13. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 943 R.T.N.U 13; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

Comme le notent, entre autres, les rapports français¹⁴, néerlandais,¹⁵ belge¹⁶ et espagnol¹⁷, le droit communautaire européen joue un rôle de tout premier plan dans la reconnaissance de l'égalité sans discrimination comme norme ayant un caractère fondamental, notamment dans le champ des relations de travail¹⁸.

À une époque où peu d'États membres de l'Union européenne s'étaient dotés de législations sur l'interdit de discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'adoption de Directives par la Communauté européenne telles la *Directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*¹⁹ en 1975 ou encore la *Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*²⁰ en 1976 a jeté les bases de changements profonds en matière d'interdit de discrimination fondée sur le sexe.

La Cour de justice des communautés européennes a grandement alimenté cette ouverture aux droits de l'homme, entre autres en privilégiant une lecture téléologique de la notion de discrimination. Bien que les directives et les décisions ne s'inscrivent pas expressément dans le droit interne des pays membres de l'Union européenne, elles n'en demeurent pas moins une source de droit qui s'impose aux États membres et prévalent sur les règles nationales

14. Rapport français aux pp. 6 et 7.

15. Rapport néerlandais à la p. 7.

16. Rapport belge aux pp. 4, 5, 12 et 14.

17. Rapport espagnol à la p. 6.

18. Rapport français à la p. 7 : Le traité d'Amsterdam fait de la lutte contre les discriminations une des priorités en matière sociale (art. 13).

19. *Directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*, 75/117/CEE.

20. *Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, 76/207/CEE.

contraires²¹. Un droit à géométrie variable qui n'en joue pas moins un rôle moteur dans la lutte contre les discriminations.

c) Le droit interne

L'émergence des droits de l'homme dans la sphère du droit interne s'exprime tout d'abord dans le champ du droit constitutionnel. Que ce soit de manière expresse ou par construit jurisprudentiel, les principes fondamentaux s'inscrivent au faîte de la hiérarchie des lois, comme en font foi les rapports nationaux²². L'exemple du Canada est particulièrement éloquent à cet égard. L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³ en 1982 a insufflé une nouvelle dimension aux garanties en matière de droits de l'homme et ce tant au plan fédéral que provincial. En marge du droit constitutionnel formel, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a reconnu un caractère fondamental et quasi-constitutionnel aux législations sur les droits de la personne de juridiction provinciale et qui couvrent les rapports de droit privé comme les relations employeurs/employés. Cette reconnaissance confère à ces législations une suprématie par rapport aux lois ordinaires. Le législateur québécois a d'ailleurs rappelé la primauté de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁴ dans le préambule du *Code civil du Québec* adopté en 1992.

Protection ayant un caractère contemporain, le principe de non-discrimination dans la vie au travail est en devenir. Les rapports nationaux font tous état de dispositions qui se retrouvent parfois en droit civil, parfois en droit du travail, parfois en droit pénal. Le véhicule législatif dans lequel s'insère l'interdit de discriminer n'est toutefois pas sans intérêt en ce qui concerne la preuve et les réparations disponibles pour la personne victime de discrimination illicite. Il arrivera que le principe de non-discrimination se retrouve énoncé en droit social et en droit pénal. S'élaboreront alors côte à côte deux modèles de

21. J. Pélessier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, XX^e édition, 2000, à la p. 77.

22. Voir entre autres les rapports belge à la p. 4, brésilien à la p. 1, colombien à la p. 1, espagnol à la p. 2, louisianais aux pp. 2 et s., français à la p. 4 et néerlandais à la p. 1.

23. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

24. L.R.Q. c. C-12.

lutte contre la discrimination difficilement conciliables²⁵, comme le souligne le rapport français.

L'insertion des principes internationaux ayant un caractère universel pourra aussi faire oublier que certaines législations demeurent restreintes à un groupe de travailleurs. Ainsi, le Code du travail, qui constitue en France le texte clé de la protection contre les discriminations, ne vise pas les agents de la fonction publique ni les fonctionnaires²⁶.

B - Certains points de convergence

Nous voudrions nous arrêter sur deux points de convergence qui se dégagent des rapports nationaux et qui sont tous deux de création jurisprudentielle, particulièrement développés à partir de la vie au travail, soit les distinctions entre diverses formes de discrimination ainsi que le régime de preuve applicable aux litiges en matière de droits de l'homme.

a) Les distinctions entre les diverses formes de discrimination

Généralement²⁷, la norme établissant l'interdit de discriminer s'arrime de manière plus ou moins exhaustive à une série de motifs illicites de discrimination qui rappelle ceux énumérés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Les motifs se présentent comme des guides à l'aide desquels on peut conclure à la discrimination. Leur énumération a surtout pour but d'aider à reconnaître le préjugé lorsqu'il existe. Il pourra arriver que, par création jurisprudentielle, la protection s'étende à des motifs analogues réunissant des caractéristiques jugées communes aux motifs expressément énumérés par l'autorité législative. C'est ainsi qu'au Canada, bien que l'orientation sexuelle n'ait pas fait l'objet d'une protection explicite contre la discrimination, la Cour suprême a étendu la protection constitutionnelle contre la discrimination à l'orientation sexuelle par l'entremise de la théorie des motifs analogues²⁸. Le

25. Rapport français à la p. 19.

26. *Ibid.*

27. Comme le rappelle le rapport néerlandais, la norme anti-discriminatoire édictée à l'article premier de la Constitution prohibe la discrimination «pour quelque motif que ce soit».

28. *Egan c. La Reine*, [1995] 2 R.C.S. 513.

rapport néerlandais souligne aussi le recours aux méthodes d'interprétation des lois pour élargir le champ des motifs prohibés de discrimination. Ainsi, le motif de la race comprend la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et ce, même en l'absence de mention expresse²⁹. L'élaboration, au fil des ans, des différents modèles de discrimination s'est faite dans l'idée de mieux atteindre un idéal d'égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés dans leurs formes les plus subtiles.

Aussi, la définition du concept de discrimination a grandement évolué depuis le début des années cinquante, passant d'une reconnaissance de la discrimination fondée sur une égalité formelle à la reconnaissance de la discrimination visant une égalité de fait.

La protection contre la discrimination a d'abord été considérée sous l'angle de la **discrimination directe**. Ainsi, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui établit une distinction en raison d'un motif prohibé. La discrimination directe fut à une certaine époque associée à une preuve d'intention incombant à la personne qui alléguait être victime d'un traitement différent. Sauf de rares exceptions³⁰, comme le Japon, pareille exigence est maintenant écartée, du moins dans la sphère civile des litiges³¹. Dès lors qu'une distinction est faite en raison d'un motif prohibé, il y a discrimination.

Au Canada, une telle distinction peut être déclarée non discriminatoire si l'employeur démontre que la norme a été imposée honnêtement, qu'elle est justifiée par l'exécution de la tâche et qu'elle est nécessaire pour l'exécution sûre et efficace du travail. En droit communautaire européen, la discrimination directe demeure fermée à une quelconque justification sur la base du principe

29. Rapport néerlandais à la p. 1.

30. Le rapport japonais, à la page 3, précise qu'en matière de discrimination directe, l'intention de discriminer constitue un élément essentiel. Le régime juridique de la discrimination pénale en France exige aussi une preuve d'intention. Il en va également ainsi de la protection contre la discrimination directe en droit brésilien (Rapport brésilien à la p. 2).

31. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris, Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, 2000 à la p. 15.

de l'égalité formelle³². Les rapports français, belge et néerlandais signalent la transposition de ce principe en droit interne de telle sorte qu'une fois la preuve de discrimination directe faite, la distinction ne peut être justifiée.

La reconnaissance de la **discrimination indirecte** ne présente pas la même unanimité dans les différents pays. Le concept est en émergence pour certains³³. Pour d'autres, son acception ne s'entendra pas nécessairement de la même manière. Une certaine convergence se dégage toutefois en droit européen, canadien et américain. La **discrimination indirecte** se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique à tous les employés, mais qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour un employé ou pour un groupe d'employés.

Ainsi, dans l'affaire *Bilka*³⁴, une société de grands magasins avait institué un régime de pensions d'entreprise qui excluait les travailleurs à temps partiel, tant de sexe féminin que masculin. Dans cet arrêt, la Cour de justice des communautés européennes a conclu que ce régime, adopté honnêtement par l'employeur, engendrait de la discrimination indirecte fondée sur le sexe puisque les travailleurs à temps partiel étaient essentiellement des femmes.

Le constat de discrimination indirecte n'appelle pas automatiquement l'annulation de la mesure. Une fois la preuve faite qu'il y a discrimination indirecte, il revient aux employeurs européens³⁵ et américains³⁶ de justifier la mesure ou politique neutre en apparence en démontrant la légitimité de leur objectif et la proportionnalité des moyens utilisés, moyens qui doivent être appropriés et nécessaires (E.P.J.). Cette justification rappelle celle applicable au Canada en matière de discrimination directe.

32. *Ibid.* à la p. 16; Rapport belge à la p. 5.

33. Rapport japonais à la p. 3.

34. CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH, c. Kain Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1607.

35. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 18.

36. Rapport louisianais à la p. 28.

Au Canada, la discrimination indirecte appelle une analyse différente. Une fois la preuve d'une discrimination indirecte faite, l'employeur devra démontrer qu'il existe un lien rationnel entre l'emploi et la norme et qu'il ne peut pas composer avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. En fait, il incombe à l'employeur de chercher un accommodement raisonnable pour l'employé, sous réserve d'une contrainte excessive.

Le principe de non-discrimination a donné lieu à une troisième catégorie de discrimination, soit la **discrimination systémique**. Signalons que plusieurs rapports nationaux identifient cette forme d'exclusion comme de la discrimination indirecte. Essentiellement, il s'agit d'une discrimination qui résulte de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination, mais qui ont ensemble un effet d'exclusion d'un groupe du fait que la norme favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail»³⁷. Cette forme de discrimination est particulièrement insidieuse³⁸. Au-delà des termes de référence, la prohibition de discrimination semble généralement englober une protection contre la systématisation de la discrimination³⁹.

b) Le régime de preuve

Il ressort aussi de plusieurs rapports nationaux, comme point de convergence, le fait que le principe de non-discrimination a engendré, au fil des ans, une réelle mutation du processus probatoire. En effet, la difficulté de démontrer l'effet discriminatoire d'une pratique ou d'une politique a amené juges et législateurs à revoir les règles de preuve applicables. Le principe traditionnel - il revient à celui qui allègue la discrimination d'en faire la preuve - a été modulé. En effet, selon la nouvelle approche, la personne qui allègue être

37. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 20.

38. Rapport louisianais à la p. 22; Rapport néerlandais à la p. 2; Rapport français à la p. 8 et GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 20.

39. Sauf au Brésil : Rapport brésilien à la p. 3.

victime de discrimination se doit d'établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une distinction, préférence ou exclusion illicite. Cette preuve peut être testimoniale, documentaire ou statistique, tout particulièrement en matière de discrimination par effet préjudiciable ou systémique. Il appartient par la suite à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du droit du demandeur. Certains parleront d'indices, d'autres de présomptions, mais tous les rapports nationaux soulignent l'allègement du fardeau de preuve du demandeur. Cette transformation du processus probatoire a été instiguée généralement par les tribunaux⁴⁰ mais peut aussi être le fruit d'une modification législative⁴¹. La pénalisation de la discrimination reste toutefois en marge de ce mouvement et demeure fidèle aux règles traditionnelles de preuve⁴² en matière pénale, comme le note le rapport français.

Le régime juridique de la discrimination pénale en droit français offre un bon exemple des difficultés de coexistence de deux régimes distincts visant des pratiques discriminatoires. Dans le champ du droit pénal, seules les discriminations intentionnelles peuvent être sanctionnées. Outre le fait que les comportements discriminatoires sont limitativement énumérés dans le Code pénal, les victimes doivent être en mesure de faire la preuve d'une intention de discriminer de la part de la personne poursuivie. Cette preuve est particulièrement lourde puisqu'il revient à la victime d'identifier l'auteur de la

40. En France, la Cour de cassation reconnaît le déplacement du fardeau de preuve avant même que ne soit effectuée la transposition en droit interne de la directive communautaire relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination (Rapport français à la p. 21). En Espagne, le Tribunal constitutionnel reconnaît dès 1981 l'allègement du fardeau de preuve du demandeur en matière de procédure sociale, un processus qui sera intégré au droit cinq ans plus tard (Rapport espagnol aux pp. 8 et 9). Les Pays Bas ont aussi inclus le déplacement du fardeau de preuve pour le demandeur dans leur droit interne en janvier dernier (Rapport néerlandais à la p. 11). Voir aussi le rapport américain aux pp. 8 et 12. Au Canada, la Cour suprême a indiqué que les normes anti-discriminatoires exigent du demandeur une preuve «*prima facie*» qui consiste à faire la preuve des éléments du préjudice et de l'existence d'un lien avec le motif de discrimination prohibé.

41. Le Rapport français, à la p. 22, précise que le projet de loi (en première lecture le 12 octobre 2000) s'inspire de la jurisprudence (arrêt du 23 novembre 1999) et stipule que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination prohibée doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

42. Rapport français aux pp. 9, 10 et 16.

discrimination et d'établir que la décision à l'origine de l'acte reproché est fondée sur des motifs discriminatoires et ce de manière intentionnelle⁴³. La transposition en droit interne de la Directive communautaire du 15 décembre 1997 relative à la charge de preuve dans les cas de discrimination en raison du sexe offre toutefois l'assise à une interaction, du moins en ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe. On pense ici à l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 14 juin 2000⁴⁴.

Le principe de non-discrimination doit être pris en considération au moment de l'établissement des politiques et pratiques de l'entreprise, dans l'espace contractuel individuel et collectif ainsi que dans les relations de travail qui se tissent au jour le jour : ce sera l'objet de notre deuxième partie.

2 - La discrimination dans l'organisation du travail

A - Les protections générales à l'égard des travailleurs

La protection contre les exclusions dans les relations de travail s'est d'abord traduite par l'adoption de législations visant à garantir aux travailleurs le respect des droits syndicaux. Comme le note le rapport français, ce statut protecteur s'inscrit dans la sphère de l'intérêt collectif des travailleurs⁴⁵. Puis, dans la vie au travail s'est posée la question du respect des droits fondamentaux qui se traduit essentiellement par une interdiction faite à l'employeur de prendre en considération certains traits distinctifs du travailleur. De manière générale, la garantie d'égalité sans discrimination s'arrime notamment aux motifs de sexe, de race, de handicap, d'âge, d'origine ethnique, de couleur, d'orientation sexuelle, de même qu'à la situation de famille et à la condition sociale dans certains pays. Nous ne nous attarderons ici qu'à deux des motifs qui sont plus largement analysés dans les rapports nationaux, soit les motifs de sexe et de race. Nous verrons par la suite les mécanismes de protection et les recours.

43. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 25.

44. *Ibid.* à la p. 23.

45. Rapport français à la p. 4.

a) L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe

La présence accrue des femmes sur la marché du travail a grandement contribué à l'élaboration d'un corpus normatif visant à assurer le respect de leurs droits fondamentaux dans les différentes facettes de la vie au travail. Les rapports nationaux font tous état d'une protection explicite dans le droit positif.

La portée du motif «sexe»

L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe sera d'abord considérée comme se rapportant uniquement au genre masculin ou féminin d'une personne. Aujourd'hui, l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe dans la vie au travail couvre une multitude d'autres aspects liés à la maternité.

L'exemple des États-Unis est fort révélateur à cet égard. En 1971, la Cour suprême jugeait que le refus de recruter une femme parce qu'elle avait la charge d'enfants mineurs enfreignait le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe, droit garanti dans le *Civil Rights Act*⁴⁶. Les craintes de l'employeur que la travailleuse ne soit absente trop souvent de son travail en raison de sa situation familiale ne furent pas retenues comme une justification valable par la Cour. Les tribunaux américains ont aussi considéré que l'interdit de discrimination à l'encontre des femmes englobe le fait de donner naissance à un enfant et le fait d'avoir eu un avortement⁴⁷.

En Europe, c'est dès février 1976 que la Communauté économique européenne associe la grossesse et la maternité à la protection accordée aux femmes⁴⁸. La transposition de cette Directive au droit interne des États membres de la CEE apparaît bien avancée à la lecture des rapports nationaux⁴⁹, du moins en ce qui a trait à la portée de la protection accordée aux travailleuses.

46. Rapport louisianais à la p. 13.

47. *Ibid.*

48. *Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, supra note 20.*

49. Rapports belge à la p. 6, français à la p. 15, espagnol à la p. 6 et néerlandais à la p. 3.

Précédant la Directive communautaire, la France incluait en 1975 la protection de la maternité au chapitre V du Code du travail. L'égalité sans discrimination fondée sur la grossesse vise non seulement l'embauche et la résiliation du contrat de travail mais aussi la période d'essai ainsi que les mutations et le droit d'une candidate à un emploi de ne pas révéler son état de grossesse à un employeur éventuel.

La garantie d'égalité sans discrimination fondée sur le sexe peut malgré tout s'avérer indirectement compromise par des politiques étatiques. L'affaire *Dekker*⁵⁰ de 1990 aux Pays Bas offre un exemple intéressant à cet égard. Le litige portait sur un refus d'embauche d'une travailleuse en raison de son état de grossesse. L'employeur soutenait avoir refusé d'engager madame Dekker non pas à cause de sa grossesse mais plutôt, disait-il, parce que la législation néerlandaise autorisait son assureur à refuser de lui rembourser le salaire qu'il aurait dû lui verser au cours de son congé de maternité. L'employeur étant une petite entreprise, il lui était difficile d'embaucher une remplaçante sans risquer de connaître des difficultés financières. La Cour de justice des communautés européennes a attribué la responsabilité pour la discrimination à l'employeur et elle a même refusé d'examiner toute question de justification, telle que celle portant sur les difficultés engendrées par la loi néerlandaise, au motif qu'il s'agissait d'une discrimination directe.

Au Canada, pareille reconnaissance que le motif «sexe» doit aussi comprendre «grossesse» ne se fera qu'en 1989⁵¹. Tout d'abord, la Cour suprême du Canada refusera de reconnaître une première fois en 1979 que le motif «sexe» puisse comprendre l'état de grossesse. L'avènement de la Charte canadienne apporte un nouveau souffle aux droits reconnus entre autres aux femmes et, en 1989, la Cour retiendra une interprétation téléologique des motifs illicites de discrimination.

50. C-177/88, *Dekker/VJV- Centrum Plus*, arrêt du 8 novembre 1990, Recueil 1990, p. I-3941.

51. *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 R.C.S 1219.

Le principe du salaire égal pour un travail équivalent

Le droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail suppose que la protection est présente aux diverses phases de la relation de travail. Il ne peut y avoir de réelle égalité dans ce secteur si les procédures de recrutement excluent directement ou indirectement une catégorie de personnes ou si les emplois traditionnellement occupés par des hommes demeurent fermés aux femmes.

Les tribunaux sont ici moins enclins à considérer l'élargissement aux autres sphères de l'emploi que celles qui sont expressément énumérées à titre de repères. Le droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail touche aux conditions de travail, aux offres de formation et d'éducation, à la promotion, à la période de probation, au déplacement, au renvoi et au licenciement. La protection pourra aussi inclure l'établissement de catégories ou la classification des emplois⁵².

b) Le principe de l'égalité salariale

Historiquement, le travail effectué par les femmes est demeuré en marge des emplois occupés par les hommes et a été considéré de moindre valeur. Toutefois, le besoin de main d'œuvre durant les deux conflits mondiaux a contribué à la révision temporaire de certaines perceptions relatives à la capacité des femmes à effectuer des tâches dont elles étaient exclues. Les besoins de main d'œuvre ont fait taire certains préjugés sur la capacité des femmes à occuper des emplois jusqu'alors considérés comme exigeant des qualités masculines. La nécessité n'a toutefois pas dissipé l'ensemble des croyances préjudiciables à l'égard des femmes; ainsi, malgré la présence accrue des femmes sur le marché du travail pendant la dernière guerre mondiale, les salaires payés aux travailleuses durant les deux guerres demeureront moindres que ceux payés aux hommes avant les guerres. En fait, la sous-valorisation du travail des femmes constitue une des formes particulièrement insidieuses de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie au travail.

52. Voir entre autres le rapport néerlandais à la p. 7 et la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 24, art. 16.

Le principe d'égalité salariale sans discrimination entre les hommes et les femmes s'est d'abord traduit par l'expression «à salaire égal pour un travail égal», formule qui repose sur une égalité formelle et qui ne permet pas nécessairement de régler la question de la sous-valorisation du travail des femmes. Le principe de «salaire égal pour un travail de valeur équivalente» prendra la relève, permettant de prendre en considération la réalité sexuée du marché du travail et de garantir l'égalité effective.

Comme l'expose le rapport de Louisiane, l'égalité des salaires entre les sexes a fait l'objet d'une protection particulière en droit américain dès 1963⁵³. La protection contre la discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération s'y articule essentiellement autour du concept de salaire égal pour un travail équivalent. L'équivalence du travail se mesure par différents indices, dont le niveau de responsabilité, l'habileté et l'expertise requises, etc. La Cour suprême des États-Unis, en 1974, a considéré le principe de salaire égal pour un travail similaire en substance (*substantially equal*) dans une affaire où des inspecteurs de sexe féminin travaillant de jour contestaient les écarts salariaux entre leur salaire et celui accordé à leurs confrères masculins travaillant de nuit. Les plaignantes ont obtenu gain de cause⁵⁴. Le travail effectué par les travailleuses, de même que les conditions de travail, étaient sensiblement les mêmes pour les deux groupes de travailleurs et seul le fait de travailler de jour ou de nuit distinguait les deux emplois. En 1981⁵⁵, la Cour suprême jugea que dans la mesure où les tâches et responsabilités des gardiennes comportaient certaines différences avec celles des hommes, leur action ne pouvait pas être admise dans le cadre de l'*Equal Pay Act*. Elles obtinrent toutefois gain de cause en vertu de la protection générale contre la discrimination fondée sur le sexe du *Civil Rights Act*.

Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁶ accorde formellement une garantie aux femmes d'obtenir un salaire égal pour un travail de valeur équivalente. Dans une décision récente⁵⁷, le Tribunal des droits de la

53. Rapport louisianais aux pp. 30 à 33.

54. *Coring Glass Works c. Brennan* (1974), 417 U.S. 188.

55. *County of Washington c. Gunter* (1981), 452 U.S. 161.

56. *Supra* note 24, art. 24.

57. *CDPDJQ (Rhéaume et autres) c. Université Laval*, [2000] R.J.Q. 2156 (en appel).

personne a conclu que pareille protection impliquait qu'au terme d'une évaluation de catégories d'emplois en fonction de la prédominance sexuelle, un employeur était responsable de discrimination fondée sur le sexe s'il continuait d'appliquer aux emplois différents jugés équivalents des modes de rémunération différents. La coexistence d'un mode de rémunération à échelle pour les femmes et d'un mode de rémunération à taux fixe pour les hommes, taux équivalant au maximum de l'échelle salariale des femmes, fut considérée comme une entrave au principe d'égalité salariale.

Le droit à l'égalité salariale n'est pas un droit absolu. Certaines différences sont expressément reconnues comme étant non discriminatoires. Ainsi, l'ancienneté, l'expérience, l'évaluation au mérite, de même que la quantité de production pourront justifier des écarts salariaux si ces critères sont communs à tous les salariés. Le système japonais se distingue à cet égard. La détermination du salaire au Japon repose sur l'ancienneté qui tient largement compte d'éléments tels que l'âge et la composition familiale du travailleur. Ce dernier point n'est pas sans susciter de craintes sur l'inégalité qu'il peut entraîner sur le plan individuel⁵⁸.

Le modèle traditionnel de revendication des droits fondamentaux se prête mal au principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes en raison du caractère systémique du phénomène. Aussi, de nouvelles formules sont mises en place, telles l'adoption de lois proactives en vertu desquelles il incombe aux employeurs de mettre en place les moyens pour s'assurer que les femmes reçoivent un salaire qui n'est pas empreint de discrimination. Ce type de législation prévoit un calendrier de réalisation au terme duquel les ajustements salariaux doivent être versés. Le succès de telle législation demeure intrinsèquement lié au contrôle qui est exercé sur les employeurs par les autorités compétentes. Ces lois se retrouvent notamment au Québec et en Ontario. L'adoption de la *Loi sur l'équité salariale*⁵⁹ au Québec en 1996 a suscité beaucoup d'espoir. Ces espoirs s'estompent au fur et à mesure que l'échéance du 21 novembre 2001 approche et que la mise en œuvre de la loi semble caractérisée par la négociation plutôt que par les principes propres aux droits

58. Rapport japonais à la p.7.

59. L.R.Q. c. E-12.001.

fondamentaux dans les milieux syndiqués et ce, en plus d'une absence de mesures conformes à la Loi dans les milieux non syndiqués.

La présence des femmes sur le marché du travail ne fait plus l'objet de remise en question. Les fondements de l'égalité ne font toutefois pas l'unanimité.

Le rapport national japonais est particulièrement éclairant à cet égard. Il constate que la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe se base encore sur une approche paternaliste de protection des femmes, qui sont considérées comme plus fragiles tant physiquement que socialement, et par là plus exposées aux risques d'exploitation liés à l'emploi. Cette optique reste profondément enracinée même dans les milieux syndicaux et au sein des mouvements féministes. La dernière réforme de la *Loi sur l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi*, intervenue en 1997 et entrée en vigueur en 1999, malgré qu'elle ait supprimé les restrictions relatives aux heures de travail des femmes, n'a cependant pas fait perdre ce caractère à la loi, ce qui fait dire au rapporteur national que le Japon est encore loin de la mise sur pied d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes⁶⁰. Comme le rappelle le rapport national français, l'interdiction du travail de nuit des femmes toujours présente dans le Code du travail français⁶¹ s'inscrit aussi à pareille enseigne.

La discrimination des femmes sur le marché du travail coexiste avec plusieurs autres formes d'atteintes aux droits fondamentaux. La discrimination fondée sur la race dans la vie au travail est particulièrement interpellante à un moment où la mondialisation est sur toutes les lèvres et que la mobilité des travailleurs ne peut qu'être appelée à s'intensifier. Les objectifs économiques et financiers que sous-tend le libre marché ne peuvent se réaliser en vase clos, en marge d'une prise de position non ambiguë pour le respect des droits fondamentaux des minorités raciales.

60. Rapport japonais à la p. 4.

61. *Code du travail*, Paris, Dalloz, 1999, art. 213-1.

c) La portée du motif «race»

La garantie d'égalité sans discrimination fondée sur la race est généralement reconnue dans le droit interne, comme en témoignent les rapports nationaux. Cette protection des personnes appartenant à une minorité se pose en terme de race, mais aussi de couleur, d'origine ethnique ou nationale, ou encore en fonction de la notion d'étranger ou d'appartenance à une caste⁶². Ainsi, la lutte contre la discrimination envers les groupes raciaux s'adresse tant au caractère biologique que culturel. L'expression du droit pourra toutefois avoir une portée restreinte à certaines sphères de la vie au travail. À titre d'exemple, la Loi japonaise sur les normes du travail qui interdit la discrimination raciale restreint cette protection aux relations de travail déjà existantes et laisse entier le problème des discriminations à l'embauche et au recrutement⁶³. Par ailleurs, en Belgique, il n'existe pas de garanties légales expresses garantissant une protection contre le harcèlement racial sur les lieux de travail, sauf application éventuelle des lois pénales de 1981 et 1994 sur le racisme, la discrimination et la xénophobie⁶⁴. Le rapport espagnol constate aussi l'absence de protection expresse contre toute autre forme de harcèlement que celui fondé sur le sexe. Tel que l'indique le rapporteur espagnol, cette situation pourrait être appelée à changer par la transposition des directives adoptées l'an dernier par le Conseil des Ministres de l'Union européenne sur la base de l'article 13 du Traité de la Communauté européenne.

L'adoption par le Conseil des communautés européennes, le 29 juin 2000, de la *Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* met en relief le besoin de renforcer la protection des droits fondamentaux des personnes appartenant à un groupe racial ou qui sont d'une origine ethnique différente de la majorité et qui composent la force de travail des États membres de la Communauté économique européenne. Elle couvre un champ d'application relativement large qui comprend les conditions d'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante, à une formation ou à une orientation

62. Le rapport tchadien note les exclusions dont sont victimes les personnes en raison de leur appartenance à une caste : Rapport tchadien à la p. 3.

63. Rapport japonais à la p. 1.

64. Rapport belge à la p. 11.

professionnelles ainsi que les conditions d'emploi et de travail. En outre, elle pose le principe de non-discrimination en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou dans toute autre organisation professionnelle. Cette Directive, qualifiée de «verticale», s'étend à la protection sociale, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès aux biens et services ainsi qu'à leur fourniture, y compris le logement. La transposition de cette Directive dans le droit interne doit se faire au plus tard en 2003.

La jurisprudence des tribunaux canadiens en matière de discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la couleur ou l'origine nationale, critères expressément mentionnés dans la Charte québécoise, demeure particulièrement silencieuse.

Le caractère systémique de la discrimination raciale, bien que faisant l'objet de multiples études, fait rarement l'objet de contestation devant les tribunaux. Toutefois, en 1997, le Tribunal canadien des droits de la personne⁶⁵ fut appelé à se pencher sur une plainte de discrimination systémique envers les membres de minorités visibles au service de Santé et Bien-être social Canada. À la lumière de la preuve statistique déposée devant lui, le Tribunal canadien a conclu que les diverses pratiques de dotation du personnel avaient des répercussions néfastes disproportionnées sur les minorités visibles oeuvrant à ce ministère et étaient discriminatoires. Pour remédier à cette situation, le Tribunal a ordonné la mise en place de trois types de mesures, dont des mesures temporaires prenant la forme d'objectifs quantitatifs en matière d'embauche et de promotion. Une réparation qui, bien que disponible, a rarement fait l'objet d'ordonnances dans la jurisprudence canadienne.

Le rapport de Louisiane fait état d'exemples intéressants de décisions judiciaires rendues en matière de discrimination raciale. La décision *Brown c. Board of Education of Topeka*, rendue en 1954, fait figure d'emblème. Il s'agissait pour la Cour suprême des États-Unis de déterminer si la ségrégation des enfants dans les écoles publiques américaines, sur le seul fondement de la

65. *Alliance de la capitale nationale et Commission canadienne des droits de la personne et Commission de la fonction publique et le Conseil du trésor*, Tribunal canadien des droits de la personne, 19 mars 1997, prés. Grant Sinclair.

race, entravait l'égalité des chances de ces enfants. La Cour a répondu par l'affirmative. Elle a rejeté la doctrine du «séparés mais égaux», affirmant que la ségrégation des enfants blancs et des enfants de couleur dans les écoles publiques nuisait à ces derniers, les privant de l'égale protection des lois⁶⁶.

Par ailleurs, en 1974 dans l'affaire *Griggs c. Duke Powers Co.*, la démonstration a été faite devant la Cour suprême des États-Unis de l'effet discriminatoire d'une politique d'embauche reposant sur la scolarité en Caroline du Nord, où le pourcentage de noirs (12%) qui détenaient un diplôme était très inférieur au pourcentage de blancs (34%) détenteurs de diplôme.

L'élaboration de corpus législatifs visant à lutter contre la discrimination dans la vie au travail n'est toutefois pas garante de son effectivité, comme en témoigne notamment le rapport tchadien. Les mécanismes de protection ainsi que les recours qui sont ouverts aux victimes de discrimination peuvent avoir un effet incitatif ou, au contraire, dissuasif sur l'exigence du respect de l'interdit de discrimination. Mécanismes de protection et recours seront les derniers points que nous aborderons.

B - Les mécanismes de protection et les recours

La norme anti-discriminatoire se retrouve généralement insérée dans le droit constitutionnel, balisant ainsi le domaine du droit public. Le principe de non-discrimination dans la vie au travail se pose en termes de pluralité de régimes. La règle de droit s'inscrira ou dans le droit civil, ou dans le droit du travail, ou encore en droit pénal quand ce n'est dans les trois champs parallèlement, comme c'est le cas en France. Une telle situation engendre par le fait même une pluralité des contentieux sans pour autant se traduire par une plus grande protection : dans une étude récente, le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations⁶⁷ constate qu'en France, du point de vue quantitatif, le contentieux de la discrimination, tant pénal que civil, continue d'être extrêmement faible.

66. Rapport louisianais à la p. 5.

67. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 22.

Les rapports nationaux français, japonais, belge, espagnol et syrien font état du traitement pénal de la discrimination dans la vie au travail. La répression pénale de la discrimination constitue un indice du degré de réprobation que la société manifeste à l'égard de certains comportements discriminatoires. Le traitement pénal de la discrimination s'avère toutefois mal adapté à la norme anti-discriminatoire, tout particulièrement au chapitre de la preuve d'intention qui s'y rattache, de telle sorte que les discriminations indirectes ne peuvent pas être appréhendées. L'étude réalisée par le GELD note la faible mobilisation des «parquets» et de la police judiciaire face aux crimes qui portent atteinte à la dignité de la personne en France. Dans les rares cas de saisine, la faible intensité des sanctions demandées et ordonnées perpétue la dévalorisation du délit de discrimination⁶⁸.

Le traitement civil de la discrimination n'est pas non plus exempt d'irritants. Sans support, la victime de discrimination pourra avoir de la difficulté à franchir l'étape qui consiste à rassembler un ensemble d'éléments de faits susceptibles de faire présumer la discrimination et de convaincre le juge qu'il convient de solliciter une justification de l'employeur⁶⁹ et ce, tant en matière civile que devant les juridictions «prud'homales». Comme l'indiquent plusieurs rapports nationaux⁷⁰, les syndicats pourront apporter leur soutien aux victimes de discrimination et dans certains cas, le syndicat pourra même se substituer au salarié et exercer l'action individuelle pour lui. Cette alternative, qui s'appuie sur la dynamique des rapports collectifs de travail, comporte ses propres limites. En premier lieu, le mandat du syndicat qui repose d'abord sur la défense des intérêts collectifs de ses membres, en majorité des hommes blancs⁷¹. En outre, le faible taux de syndicalisation, dans certains pays, constitue en soi une barrière à une généralisation de la mission des syndicats dans le traitement des discriminations.

68. *Ibid.* aux pp. 27 et 28.

69. *Ibid.* à la p. 28.

70. Voir entre autres les rapports français, belge, japonais et québécois.

71. Le GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 30, indique que certaines discriminations sont sans doute plus aisément prises en charge que d'autres, si l'on en juge par la faiblesse du contentieux relatif à la discrimination hommes/femmes par exemple.

Pour pallier aux difficultés que rencontrent les victimes de discrimination, certains pays ont mis en place des agences ou des commissions des droits de l'homme dont le rôle est d'assurer la promotion et le respect des droits énoncés dans les lois qui interdisent la discrimination, notamment dans le domaine de l'emploi. Les modèles américain et canadien offrent de nombreuses similitudes et ce, même dans les irritants qu'ils engendrent.

Aux États Unis, l'application des lois anti-discriminatoires est confiée tant à des agences fédérales et étatiques qu'aux tribunaux. Ces agences procèdent à une enquête aux termes de laquelle elles peuvent intenter une action en justice au nom des employés qui ont déposé la plainte. Le mandat des agences ne doit pas être confondu avec celui des tribunaux; elles ne peuvent exonérer un employeur d'avoir violé la loi. Dans le cours de l'enquête, les agences peuvent proposer une transaction entre les parties. En cas d'impossibilité d'en arriver à une entente, l'agence pourra saisir un tribunal du litige qui subsiste⁷².

Pour le plaignant, pareille démarche offre de nombreux avantages dont le fait de ne plus être seul dans la recherche des éléments de preuve, d'autant plus que dans certains cas les agences ou commissions peuvent contraindre les employeurs à déposer certaines preuves. L'assistance légale qu'elles fournissent aux plaignants lorsqu'elles décident de s'adresser aux tribunaux constitue une facette particulièrement importante car pour plusieurs victimes de discrimination, coûts et dédales judiciaires participeront à l'abandon de toute procédure.

Le rôle de «filtre» que jouent ces agences n'est pas sans créer certains problèmes, tout particulièrement en matière de délais. La Cour suprême du Canada a récemment indiqué que les longs délais au niveau des commissions des droits de la personne posent de sérieux problèmes, tant pour les plaignants que pour les individus mis en cause par une plainte de discrimination ou de harcèlement sexuel. Les délais d'enquête en matière de discrimination systémique posent le même problème. Ainsi, en matière de disparités salariales, une plainte déposée auprès d'une agence fédérale du Canada a requis plus de dix années d'enquête. Une situation qui suscite de nombreuses critiques.

72. Rapport louisianais aux pp. 35 à 38.

Il n'en demeure pas moins que la création de telles instances apparaît être une solution à l'isolement et aux difficultés que rencontrent les victimes de discrimination. En France, la mise en place d'une instance ayant pour mandat d'élaborer et de proposer aux acteurs sociaux des stratégies juridiques ou judiciaires est actuellement envisagée⁷³ comme solution à la faiblesse du contentieux en matière de discrimination.

Au Québec, un tribunal judiciaire spécialisé en matière de droits de la personne est venu s'ajouter à la Commission des droits de la personne au début des années 1990. Bien que ce tribunal n'ait pas une compétence exclusive en matière de droits de la personne, il est vite devenu le forum privilégié pour trancher ce type de litige. Comme l'indique le rapport québécois, jusqu'en 1997, les individus seuls pouvaient, à certaines conditions, saisir le Tribunal des droits de la personne. Un arrêt de la Cour d'appel du Québec a donné une portée plus limitée au droit de saisine individuelle, fermant ainsi la porte aux plaintes d'individus non soutenues par la Commission des droits de la personne.

La création d'organismes et de tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne constitue une réponse à l'inadéquation entre les contraventions aux lois anti-discriminatoires et la faiblesse des contentieux civil et pénal sur de telles questions. Le recours à la médiation, à la négociation⁷⁴ ou à l'arbitrage est identifié dans plusieurs rapports nationaux comme la voie privilégiée, quand ce n'est pas imposé par les clauses d'arbitrage obligatoire⁷⁵ qui donnent une compétence exclusive aux tribunaux d'arbitrage⁷⁶. Comme le démontre le rapport québécois, le débat demeure vif sur cette question.

Arbitrage, conciliation, négociation et modes alternatifs de résolution des conflits⁷⁷ sont autant de formules qui ont l'avantage de favoriser un

73. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 33.

74. Voir le Rapport japonais à la p. 9.

75. Rapport louisianais aux pp. 40 et 41. De telles clauses sont aussi incluses dans le droit des provinces canadiennes.

76. Sur le débat entourant l'exclusivité de la compétence des tribunaux d'arbitrage, voir le rapport québécois.

77. Rapport colombien à la p. 8.

règlement rapide des conflits. De tels règlements demeurent toutefois souvent en marge de la règle de droit et ne contribuent pas nécessairement à la modification des pratiques sociales, objectif majeur de la lutte contre les discriminations.

C - Les réparations en matière de droits de la personne

Le principe de réparation des dommages causés à autrui, en raison d'une atteinte à son droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail, est la remise dans l'état antérieur. La réparation pourra ainsi prendre la forme d'une réintégration, d'une indemnisation des dommages matériels de même que l'indemnisation des dommages moraux causés par l'acte discriminatoire. L'octroi de dommages punitifs ou exemplaires est pour sa part destiné à mettre en évidence la réprobation de la société envers une conduite qui démontre l'intention de nuire de l'auteur de l'acte discriminatoire. Les rapports nationaux font état de quelques autres réparations qui peuvent être imposées par les tribunaux, dont l'ordonnance de programmes d'accès à l'emploi destinés à contrer la sous-représentation de certains groupes défavorisés. Les réparations qui pourront être réclamées dépendent essentiellement de deux éléments : le traitement pénal ou civil de la plainte et le moment où l'atteinte aux droits fondamentaux a eu lieu.

En matière pénale, les auteurs d'une violation à un droit fondamental - recruteur, employeur ou employé - sont passibles d'amendes ou d'emprisonnement. L'exemple français est particulièrement éloquent sur l'inadéquation de ce type de sanction. Le GELD note que les délinquants reçoivent presque systématiquement des peines avec sursis ou de faibles amendes, ce qui porte la gravité du délit en dérision⁷⁸. Quant à la poursuite de personnes morales dans ce champ juridictionnel, elle est très peu utilisée⁷⁹.

Dans la vie au travail, l'atteinte au droit à l'égalité sans discrimination se pose plus souvent qu'autrement en termes de refus d'embauche, de licenciement ou de démission, tout particulièrement dans les cas de harcèlement.

78. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 27.

79. *Ibid.* à la p. 78.

En matière civile, la réintégration d'un travailleur dans un emploi dont il fut exclu apparaît la réparation la mieux à même de remettre les parties en état. De façon générale, les rapporteurs nationaux indiquent qu'une telle réparation est possible, du moins lorsque la discrimination intervient en cours d'emploi. Pareille réparation demeure toutefois d'application restreinte. Les rapporteurs japonais et belge soulignent d'ailleurs le caractère exceptionnel de la réintégration. Le caractère *intuiti personae* des contrats d'embauche n'est pas étranger à la réticence des tribunaux à ordonner une telle réparation.

En matière d'accès à l'emploi, les ordonnances d'intégration dans le processus d'embauche ou en emploi semblent être l'exception à la règle⁸⁰. L'analyse de la jurisprudence canadienne démontre que ce remède est rarement recherché par les victimes.

Certains rapports nationaux font d'ailleurs état de l'absence de volonté d'obtenir une ordonnance de réintégration de la part des victimes de discrimination⁸¹.

L'indemnisation des dommages résultant de la discrimination illicite dans la vie au travail peut prendre diverses formes. L'indemnisation des dommages matériels constitue la forme la plus usitée d'indemnisation accordée aux victimes de discrimination en emploi, et plus spécifiquement la compensation de la perte de salaire occasionnée par l'acte discriminatoire. L'appréciation de la perte salariale pourra reposer non seulement sur le salaire de base consenti aux travailleurs, en contrepartie de leur prestation de travail, mais englobera tous les avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de son emploi. Il revient généralement au juge d'apprécier l'indemnité. Certaines lois prévoient toutefois l'octroi d'un montant forfaitaire équivalant à quelques mois de rémunération. Le rapport de Louisiane précise que le *Civil Rights Act* limite l'indemnisation en matière de discrimination directe, autre que raciale, en fonction du nombre d'employés de l'entreprise. Ainsi, des indemnités de 50,000 \$ à 300,000 \$ pourront être octroyées selon que l'entreprise responsable

80. Voir le rapport japonais, à la p. 2, qui indique qu'une telle ordonnance pourra être imposée par un tribunal uniquement en matière de discrimination fondée sur le sexe.

81. Rapport japonais à la p. 2.

de l'acte discriminatoire compte 50 ou plus de 500 employés. En pareille circonstance, l'indemnité couvre aussi les dommages moraux.

Plusieurs lois anti-discriminatoires prévoient des plafonds en matière d'indemnisation. Tel n'est pas le cas au Québec. Ainsi, le Tribunal des droits de la personne a octroyé récemment une compensation de près d'un million de dollars à quelques centaines de plaignantes dans une affaire d'inégalité salariale⁸². Au niveau fédéral, des employées de la fonction publique du Canada ont obtenu une compensation de plus d'un million de dollars à titre d'indemnité matérielle pour la discrimination salariale dont elles ont été victimes entre 1983 et aujourd'hui⁸³. En matière de harcèlement moral, des dommages matériels de l'ordre de près de 150,000 \$⁸⁴ ont été octroyés à une victime par le Tribunal des droits de la personne du Québec.

La possibilité d'imposer des dommages punitifs ou exemplaires demeure exceptionnelle si l'on s'en réfère aux rapports nationaux. En effet, elle est permise au Canada et aux États-Unis dans le traitement civil d'une plainte de discrimination, mais il semble qu'ailleurs, le législateur laisse à la juridiction pénale le soin de punir une conduite jugée répréhensible. Au Canada, la Cour suprême a balisé l'octroi des dommages exemplaires que permet la Charte québécoise des droits et libertés. Ce n'est que lorsque la preuve révèle un comportement fautif, une volonté de causer les conséquences de la conduite discriminatoire que de telles indemnités seront accordées, de telle sorte que ce chef de dommages demeure restreint à la discrimination directe. La détermination du montant des dommages est laissée à la discrétion du tribunal qui, par l'entremise de cette forme d'indemnisation, envoie un message à l'auteur de l'acte discriminatoire et à la société que pareille action ne peut être tolérée.

Soulignons en terminant quelques autres formes de réparations énoncées dans les rapports nationaux. Au Japon, la violation de certaines obligations

82. *CDPDJQ (Rhéaume et autres) c. Université Laval*, *supra* note 57.

83. *Alliance de la Fonction publique du Canada et autre c. Procureur général du Canada et autre*, [1998] 32 C.H.R.R. D/349 (TCDP), confirmé en appel *PG Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada et autre*, [1999] 35 C.H.R.R. D/387 (CF).

84. *CDPDJ (Lippé) c. Procureur général du Québec*, [1998] R.J.Q. 3397; (2000) 36 C.H.R.R. D/227.

énoncées dans *Loi sur l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes* (1997) peut donner lieu à la publication du nom de l'entreprise contrevenante. Aux États-Unis, la victime de discrimination pourra réclamer les honoraires d'avocats. En France comme au Canada, et probablement aussi ailleurs, un travailleur pourra demander la nullité de la clause discriminatoire. En Espagne, au Canada et aux États-Unis, l'établissement d'un programme d'accès à l'égalité, mesure proactive, pourra faire partie des ordonnances d'un tribunal.

Conclusion

L'emploi est au cœur de la vie active de la majorité des hommes et des femmes de toutes races, de toutes religions, de toutes origines et de toutes conditions sociales. Pour le travailleur, l'emploi conditionne de multiples aspects de sa vie. Pour l'employeur, le choix du collaborateur est déterminant pour la bonne marche de son entreprise. Le marché du travail a été l'objet de nombreuses révolutions : la présence accrue des femmes, le multiculturalisme des sociétés, l'avènement de nouvelles technologies favorisant l'insertion de groupes traditionnellement exclus, dont les personnes handicapées. L'opportunité pour chacun d'accéder au marché du travail et de pouvoir y progresser en fonction de ses compétences, à l'abri des préjugés, fait désormais partie des défis que se sont fixés les sociétés. Comme en font foi les rapports nationaux, la lutte contre les discriminations est bien ancrée dans le droit interne. Toutefois, son effectivité réside dans son appropriation par l'ensemble des acteurs. Le droit constitue un outil de transformation sociale, mais c'est sur le terrain que prennent vie les changements. Comme nous l'ont signalé des participants à cette journée, le droit à l'égalité passe par la mobilisation des masses.

Aujourd'hui, le défi dépasse le territoire des États et s'inscrit dans une nouvelle dimension financière, commerciale et économique que constitue la mondialisation des marchés. La tentation risque fort d'être grande pour les employeurs désireux d'être compétitifs de s'installer là où les normes juridiques sont les moins développées.

Une dernière réflexion : le décloisonnement des marchés pose en terme d'urgence le besoin de réaffirmer les principes et droits fondamentaux universellement reconnus notamment dans la vie au travail. *La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁸⁵ (1998) constitue un bel exemple de mobilisation.

Les nouvelles formes de structures économiques doivent obéir aux principes et droits fondamentaux si patiemment élaborés sur la scène internationale. En ce sens, l'Union européenne offre un exemple inspirant de mise en œuvre d'un libre marché économique érigé dans le souci du respect d'un code commun de valeurs fondamentales.

85. *Supra* note 7.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES ACCORDS DE BIOPROSPECTION RÉPONDENT-ILS AUX
OBJECTIFS DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE?

Auteur(s) : Jean-Frédéric MORIN

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 307-342

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12287>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12287>

Page vide laissée intentionnellement.

LES ACCORDS DE BIOPROSPECTION RÉPONDENT-ILS AUX OBJECTIFS DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE?

par Jean-Frédéric MORIN**

La Convention sur la diversité biologique contient un objectif économique, celui du partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Plusieurs organisations gouvernementales et privées prétendent que l'application du principe de partage des avantages contribue à la conservation de la biodiversité. Toutefois, l'analyse de quelques accords de bioprospection permet de croire que le partage des avantages, tel que mis en oeuvre jusqu'à présent, ne contribue généralement pas à l'atteinte des objectifs environnementaux. En effet, les avantages monétaires et technologiques qui sont partagés ne sont que rarement réinvestis dans la conservation de la biodiversité. Ils sont davantage utilisés pour mousser les relations publiques des utilisateurs et pour mieux intégrer les fournisseurs aux industries biotechnologiques. Afin d'améliorer la portée environnementale du partage des avantages, il faudrait influencer les modalités négociées entre les fournisseurs et les utilisateurs. Les Lignes Directrices de Bonn sur le partage des avantages représentent un premier pas en ce sens.

The Convention on Biological Diversity establishes the economic goal of ensuring the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the use of genetic resources. Many governmental and non-governmental organizations maintain that the principle of benefit-sharing contributes to the conservation of biodiversity. However, the present study of selected bioprospection agreements shows that the sharing of benefits does not always play a significant environmental role. Monetary and technological benefits are rarely directed in such a way as to promote conservation and biodiversity. More often, they are used to better integrate resource providers to biotechnological industries or to promote marketing campaigns. Agreements between providers and users need to be arranged in a manner favourable to the improvement of the environmental impact of benefits-sharing. The Bonn guidelines on benefits-sharing represent a first step in this process.

*, L'auteur tient à remercier le Ministère des Relations internationales du Québec, M. Marc Hufty, chargé de cours à l'Institut Universitaire d'Études du Développement de Genève et le Centre International Unisféra de Montréal. Les opinions exprimées dans cet article et toute inexactitude demeurent entièrement attribuables à l'auteur.

**, Chercheur au Centre international Unisféra.

SOMMAIRE

1.	Des fonds supplémentaires pour la conservation?	314
1.1.	Les avantages monétaires et leurs modalités	314
	Synthèse des accords de bioprospection étudiés	315
1.2.	Le bénéficiaire des avantages monétaires	319
1.3.	L'utilisation des avantages monétaires	321
2.	Des technologies pour la conservation?	324
2.1.	Les transferts de technologie dans les accords de bioprospection	324
2.2.	Des technologies vertes?	326
2.3.	Intégrer les fournisseurs aux industries biotechnologiques	328
3.	La création d'un marché pour la conservation?	329
3.1.	L'absence de frais de réapprovisionnement prédéterminés	331
3.2.	Une porte close pour de nouveaux accords de bioprospection	334
4.	La dérive du discours sur la conservation	336
	Conclusion	340

La *Convention sur la diversité biologique*, signée au Sommet de Rio de 1992, est souvent présentée comme un des rares traités contraignants qui réponde simultanément aux objectifs environnementaux, sociaux et économiques du développement durable¹. En effet, l'article premier de cette convention précise que ses objectifs sont «la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques [...]»².

En avril 2002, dix ans après le Sommet de Rio, les 186 États Parties à la *Convention sur la diversité biologique* se sont réunis en conférence à la Haye. Ils ont alors adopté les *Lignes directrices de Bonn* sur l'application de l'objectif du partage des avantages³. Ces Lignes directrices constituent une référence non contraignante pour les gouvernements et les parties privées dans leurs processus d'élaboration de normes et de négociations d'ententes contractuelles. La Convention reconnaissait déjà le droit des fournisseurs de ressources génétiques de réclamer aux utilisateurs étrangers, comme les universités ou les entreprises de biotechnologie, un partage juste et équitable des avantages qu'ils tirent de ces ressources⁴. Les nouvelles *Lignes directrices de Bonn* visent à modeler l'application de ce principe du partage des avantages de façon à ce qu'il contribue plus «à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique»⁵. Ainsi, l'objectif économique serait mieux intégré aux objectifs sociaux et environnementaux de la Convention.

-
1. P. Le Prestre, «La Convention sur la diversité biologique : vers une mise en œuvre efficace», *Isuma*, vol 3, n° 2 (automne 2002) p. 89.
 2. Les ressources génétiques peuvent être, entre autres choses, des gènes isolés, des graines, des boutures et des plantes entières. Pour une définition, voir l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, entrée en vigueur 29 décembre 1993 doc. UNEP/BIO.DIV/N7-INC.5/4, 1993 R.T. Can. n° 24 et L. Glowka *et al.*, *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, Gland and Cambridge, The World Conservation Union, 1994 aux pp. 27-28.
 3. Les *Lignes Directrices de Bonn* sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation ont été adoptées dans la décision VI/24 de la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique*.
 4. Art. 15 (1) et (7) de la *Convention sur la diversité biologique*. La définition d'un partage juste et équitable est laissée aux négociations entre le fournisseur et l'utilisateur. L. Glowka, *supra* note 2 à la p. 82.
 5. Para. 22 des *Lignes directrices de Bonn*.

Les enjeux entourant la biodiversité divisent généralement les pays du Sud, riches en diversité biologique, et les pays du Nord, riches en biotechnologies⁶. Or, curieusement, l'idée que l'application du principe de partage des avantages puisse contribuer à la conservation de la diversité biologique est véhiculée autant par des pays du Sud⁷, des organisations non gouvernementales (ONG) environnementales⁸, des organisations intergouvernementales⁹, des entreprises de biotechnologie¹⁰ et des pays du Nord¹¹. Cette singulière unanimité se reflète dans une enquête du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* où 93 % des pays ont affirmé que leur stratégie de partage des avantages contribue à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique¹².

-
6. H. Svarstad, «Reciprocity, biopiracy, heroes, villains and victims» dans H. Svarstad et S. Dhillon, dir., *Bioprospecting : From Biodiversity in the South to Medicines in the North*, Oslo, Spartacus Forlag, 2000, 19.
 7. Voir par exemple l'article 10 de la loi costaricaine sur la biodiversité. <http://www.grain.org/brl/costarica-biodiversitylaw-1998.cfm> (page consultée le 20 juin 2002).
 8. L'IUCN s'est dite «convaincue qu'un système [d'accès et de partage des avantages] fonctionnant équitablement et à long terme a toutes les chances d'être un élément utile et durable de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique». Union Internationale pour la Conservation de la Nature, «Recommandations Avril 2002 : Sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (COP6)», Gland, IUCN à la p. 3.
 9. La CNUCED a développé un programme, *The Biotrade Initiative*, qui encourage l'utilisation d'instruments commerciaux pour protéger l'environnement. www.biotrade.org/initiative.htm (page consultée le 4 avril 2002); T. Simpson, *Indigenous Heritage and Self-Determination : The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs, 1997 à la p. 171.
 10. K. Koran, «Biocultural Diversity Conservation Through The Healing Forest Conservancy» dans T. Greaves, dir., *Intellectual Property Rights for Indigenous peoples : A source Book*, Oklahoma City, Society for Applied Anthropology, 1994 aux pp. 104-05. The Healing Forest Conservancy est une fondation créée par Shaman Pharmaceuticals.
 11. Le projet de lignes directrices déposées par la Suisse avait notamment comme objectif : «The Guidelines aim at ensuring that fair and equitable benefit sharing be designed to contribute to the conservation of biological diversity and to foster the sustainable use of genetic resources.» Article 1.3 *Draft Guidelines on Access and Benefit Sharing Regarding the Utilisation of Genetic Resources*, Fifth Conference of the Parties to the *Convention on Biological Diversity*, 15-16 mai 2000.
 12. La question 230 du deuxième rapport du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique*, www.biodiv.org/reports/nr-02.asp (page consultée le 1^{er} mai 2002).

L'économiste Ronald Coase, détenteur du prix Nobel d'économie de 1991, a développé l'idée que l'attribution de droits de propriété et la conclusion d'ententes privées peut contribuer à la conservation¹³. La Convention sur la diversité biologique a repris cette idée en consacrant la souveraineté nationale sur les ressources génétiques et en encourageant la conclusion d'accords de bioprospection entre fournisseurs et utilisateurs de ressources génétiques. Selon la rhétorique dominante, le partage des avantages peut contribuer à la conservation pour trois principales raisons¹⁴. D'abord, on suppose que les utilisateurs de ressources génétiques verseront des fonds aux fournisseurs et que cette somme sera réinvestie dans la conservation. Ensuite, on espère que les utilisateurs transféreront des technologies pouvant servir à la conservation. Enfin, on présume que les fournisseurs seront incités à conserver leurs ressources pour pouvoir les vendre à d'éventuels utilisateurs.

Jusqu'à présent, les critiques de ce discours dominant ont insisté sur les faiblesses du marché des ressources génétiques¹⁵ en soulignant, avec raison,

-
13. R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.
 14. Les arguments de cette rhétorique sont relevés notamment dans G. Frisvold et P. Condon, «Biodiversity Conservation and Biotechnology Development Agreements», *Contemporary Economic Policy*, vol 12, n° 3 (juillet 1994) 1 à la p. 4; S. P. Mulligan, «For Whose Benefit? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime», *Environmental Politics*, vol 8, n° 4 (hiver 1999) 35 à la p. 38; A. Seiler et G. Duffield, *Regulating Access and Benefit Sharing : Basic Issues, Legal Instruments, Policy Proposals*, Study commissioned by the Federal Republic of Germany in preparation for the 1st meeting of the Ad Hoc Working Group on Access and Benefit Sharing in Bonn (octobre 2001) p. 100; S. Laird, «Benefit-Sharing Best Practice in the Pharmaceutical and Botanical Medicine Industries», *Bioprospecting : From Biodiversity in the South to Medicines in the North*, Hanne Svarstad & Shrivcharn Dhillion, dir., Spatacus Forlag As, Oslo, 2000 à la p. 96. *Rapport du groupe de travail ad hoc à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages*, (UNEP/CBD/ 6/6) 31 octobre 2001 aux pp. 25-26.
 15. D. R. Simpson, «Biodiversity Prospecting : Shopping the Wilds is Not the Key to Conservation», *Resources for the Future*, n° 126 (hiver 1997), www.rff.org/resources_articles/files/biodprospect.htm; D. Simpson *et al.*, «Valuing Biodiversity for Use in Pharmaceutical Research», *Journal of Political Economy*, vol. 104, n° 1 (1996) 163; K. ten Kate, *Biopiracy or Green Petroleum? Expectations and Best Practices in Bioprospecting*, London, Overseas Development Administration, 1995 aux pp. 11-12.; K. McAfee, «Selling Nature to Save It : Biodiversity and the Global Economic Paradigm», *The Protecting Knowledge Conference*, University of British Columbia, novembre 2001; C. Macilwain, «When Rhetoric Hits Reality in Debate on Bioprospecting», *Nature*, n° 394, 1998 aux pp. 535-40; I. Walden, «Intellectual Property Rights and Biodiversity» dans M.

qu'il est caractérisé par une offre surabondante et une demande fortement élastique. Ainsi structuré, le marché maintient la valeur marginale des ressources génétiques à des prix particulièrement faibles. Ces observations ont conduit certains auteurs à proposer des interventions sur le marché des ressources génétiques en créant, par exemple, un cartel des pays fournisseurs ou en précisant les droits de propriété sur les ressources génétiques¹⁶.

Les critiques quantitatives ne répondent pas entièrement à la rhétorique du partage des avantages. Selon celle-ci, «les recettes même modestes tirées de [la bioprospection] peuvent produire des résultats significatifs au niveau environnemental¹⁷». De plus, les expériences antérieures ont démontré que les utilisateurs de ressources génétiques sont parfois disposés à offrir des sommes relativement importantes en échange de ressources génétiques. Il faut donc compléter l'analyse théorique de ce marché par une réflexion sur la pratique du partage des avantages. Nous nous proposons d'analyser l'adéquation entre le partage des avantages et la conservation de biodiversité, non pas en soulignant les faiblesses du marché, mais en étudiant plutôt les modalités sous lesquelles s'effectue réellement le partage des avantages, et ce, dans le secteur de la bioprospection.

Nous appuyons notre réflexion sur des accords de bioprospection, c'est-à-dire des contrats qui établissent «les normes devant régir la cession de ressources génétiques à des fins de recherches [et éventuellement] de commercialisation en échange d'avantages accordés à la partie reconnue comme

Bowman et C. Redgwell, dir., *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, London, Bostin, Kluwer Law International, 1996 à la p. 186; Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Aspects économiques du partage des avantages : Concepts et expériences pratiques*, Paris, OCDE, 1999 aux pp. 23-25; Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Évaluation économique des politiques et projets environnementaux : Un guide pratique*, Paris, OCDE, 1995 aux pp. 12-13.

16. J. Henry Vogel, «Conclusion: An Economic Justification for the Cartel and a Special Protocol to the Convention on Biological Diversity» dans J. Henry Vogel, dir., *The Biodiversity Cartel*, Quito, CARE, 2000, 101; A. Subramanian, «Genetic Resources, Biodiversity and Environmental Protection: An Analysis and Proposals Toward a Solution», *Journal of World Trade*, vol 25, n° 5 (1992) 105.
17. Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Préserver la diversité biologique : les incitations économiques*, Paris, OCDE, 1996 à la p. 145.

fournisseur [...]»¹⁸. Cette forme contractuelle est l'approche privilégiée par les États du Sud comme du Nord pour déterminer les modalités du partage des avantages¹⁹. En raison de la confidentialité des accords de bioprospection, nous avons dû limiter notre analyse aux informations que les parties ont bien voulu rendre publiques. Des études de cas nous ont permis de reconstituer un échantillon non représentatif d'une dizaine d'accords de bioprospection²⁰. Ces informations, quoique partielles, nous permettent néanmoins de réaliser une analyse exploratoire des dispositions prévues dans les accords de bioprospection.

Cet article reprendra un à un les trois principaux arguments qui associent l'application du partage des avantages à la conservation de la biodiversité pour les confronter à la réalité des accords de bioprospection. Tout d'abord, est-ce que les accords de bioprospection permettent de dégager des fonds pouvant être réinvestis dans la conservation? Ensuite, est-ce qu'ils prévoient un transfert de

-
18. D. Posey et G. Dutfield, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : Droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international et Genève, Fonds Mondial pour la Nature, 1997 à la p. 74. Différentes expressions sont retenues pour identifier ces contrats. Avec certaines nuances, on parle parfois d'«accords de transfert de matériel», d'«accords d'accès et de partage des avantages» ou d'«accords de cession d'information». Nous avons préféré l'expression «accords de bioprospection» puisque nous nous sommes limités aux accords qui prévoient un transfert de matériel dans le cadre d'activités de recherche et développement.
 19. Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, Note du secrétaire exécutif, (UNEP/CBD/EP-ABS/2) 4-8 octobre 1999 à la p. 6; Groupe de travail sur l'article 8(j) *Mesures de protection juridique et autres formes de protection appropriées visant à sauvegarder les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique*.(UNEP/CBD/WG8J/1/2), 10 janvier 2000 à la p. 9; L. Glowka., *supra* note 2 à la p. 80.
 20. Nous avons écarté de l'échantillon les accords oraux, ceux qui ne prévoient pas d'activités de prospection et ceux qui ont été résiliés ou annulés. Nos informations reflètent sans doute des pratiques contractuelles plus avantageuses pour la conservation que la moyenne réelle des accords de transfert de matériel. En effet, plusieurs accords retenus étant encadrés par la législation des pays fournisseurs, ils bénéficient de subventions d'organismes d'aide ayant exigé des dispositions minimales et servent dans les campagnes de publicité des utilisateurs. Nous n'avons pu obtenir des informations complètes sur aucun accord de transfert de matériel. Rappelons enfin que notre analyse porte sur les accords eux-mêmes et non sur leur application effective.

technologies utiles à la conservation? Enfin, est-ce qu'ils encouragent les fournisseurs à conserver leurs ressources dans l'espoir d'en tirer des bénéfices? En dernière partie, nous émettrons quelques pistes de réflexion pour expliquer le décalage entre la rhétorique dominante et la réalité actuelle des accords de bioprospection.

1. Des fonds supplémentaires pour la conservation?

Les organismes responsables de la conservation de la biodiversité sont souvent handicapés par un manque de financement. La cession de ressources génétiques pourrait générer des revenus supplémentaires qui seraient redirigés vers les activités de conservation. C'est, du moins, ce que soutient Joshua Rosenthal : «Financial returns can be used to build evaluation and monitoring capacity²¹». Mais est-ce que les modalités prévues dans les accords de bioprospection permettent réellement que les avantages monétaires soient réinvestis dans la conservation?

1.1. Les avantages monétaires et leurs modalités

Les ressources génétiques ne sont certes pas de «l'or vert» et les biotechnologies ne représentent peut-être pas la «nouvelle frontière» annoncée il y a quelques années déjà²². Certains accords de bioprospection prévoient néanmoins des paiements initiaux, c'est-à-dire avant même que l'utilisateur ait effectué des recherches sur le matériel génétique transféré et qu'il ait ainsi pu en estimer la valeur commerciale. Par exemple, l'entreprise pharmaceutique Merck a versé un million de dollars à l'Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), un organisme costaricain mandaté par le gouvernement comme fournisseur de ressources génétiques²³. D'une part, ces paiements initiaux

21. J. Rosenthal, «Equitable Sharing of Biodiversity Benefits : Agreements on Genetic Resources», www.nih.gov/fic/programs/oecdub.html (consulté le 2 avril 2002).

22. W. Reid *et al.*, «A New Lease on Life » dans W. Reid *et al.*, *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, USA, WRI, Costa Rica, INBio, USA Rainforest Alliance, Kenya, ACTS, 1993, 1.

23. Environmental Policy Studies Workshop, *Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Recent Regulation and Access Agreements*, Colombia Policy Studies, Working Paper #4 aux pp. 18-23; A. Sittenfeld et R. Gamez, «Biodiversity Prospecting by INBio» dans W. Reid *et al.*, *Biodiversity Prospecting : Using*

permettent aux utilisateurs de séduire les consommateurs soucieux d'équité tout en établissant, dès le départ, de bonnes relations commerciales avec leurs fournisseurs du Sud²⁴. D'autre part, les paiements initiaux assurent aux fournisseurs d'obtenir des fonds sans attendre qu'un produit soit commercialisé à partir de leurs ressources génétiques.

Synthèse des accords de bioprospection étudiés²⁵

	<u>Fournisseurs</u>	<u>Utilisateurs</u>	<u>Principaux avantages monétaires partagés avec les fournisseurs</u>	<u>Principaux avantages non monétaires partagés avec les fournisseurs</u>
1	Instituto Nacional de Biodiversidad (Costa Rica)	Merck & Co	•1 000 000 USD	•Matériel de laboratoire •Formations •Partage d'information
2	University of South Pacific (Fidji)	Strathclyde Institute of Drug Research	•60% des revenus nets tirés de la commercialisation •Entre 2,000 et 2,500 GBP pour les prélèvements ultérieurs	•Recherches en commun
3	République des Philippines	University of Utah et Marine Science Institute	•10 000 PHP pour les échantillons •5% sur les revenus nets tirés de la commercialisation	•Transferts de technologies •Partage d'information •Activités de sensibilisation à la conservation

Genetic Resources for Sustainable Development, USA, WRI, Costa Rica, INBio, USA Rainforest Alliance, Kenya, ACTS, 1993, 69.

24. J. Rosenthal, *supra* note 21 aux pp. 4-5; D. Simpson and R. A. Sedjo, «Contracts for transferring Rights to Indigenous Genetic Resources», *Resources for the Future*, n° 109 (automne 1992) aux pp. 3-4; Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, Note du secrétaire exécutif, (UNEP/CBD/EP-ABS/2) 4-8 octobre 1999 à la p. 6; Organisation de Coopération et de Développement Économique. *Aspects économiques...*, *supra* note 15 à la p. 28.
25. Comme nous l'avons souligné précédemment, nos informations sont incomplètes et reflètent sans doute des pratiques contractuelles plus généreuses pour les fournisseurs. On remarque néanmoins que plusieurs accords de bioprospection prévoient des avantages monétaires et non monétaires. Toutefois, ceux-ci contribuent rarement à la conservation des ressources génétiques.

4	Yellowstone Park (USA)	Diversa corporation	<ul style="list-style-type: none"> •100 000 USD •redevances sur la commercialisation d'un droit ou d'un produit dérivé 	<ul style="list-style-type: none"> •Équipement •Formations •Transferts d'information •Recherche en commun
5	National Botanical Institute (Afrique du Sud)	Ball Horticultural Company	<ul style="list-style-type: none"> •125 000 USD •28 000 USD annuellement pour la recherche •Redevances sur la commercialisation 	<ul style="list-style-type: none"> •Transferts d'information •Formations
6	Instituto Nacional de Biodiversidad (Costa Rica)	Cornell University et Bristol-Myers Squibb	<ul style="list-style-type: none"> •Redevances sur la commercialisation 	<ul style="list-style-type: none"> •Transferts d'information •Formations
7	Communautés Aguarana et Huambisa (Pérou)	Washington University	<ul style="list-style-type: none"> •Somme annuelle qui augmente selon les succès dans la recherche et le développement •Redevances sur la commercialisation 	<ul style="list-style-type: none"> •Transferts d'information
8	Conservation International et Bedrijf Geneesmiddelen Voorzienin (Surinam)	Virgina Polytechnic Institue and State University, Missouri Botanical Garden et Bristol Myers Squibb	<ul style="list-style-type: none"> •60 000 USD •Redevances sur la commercialisation 	<ul style="list-style-type: none"> •Recherche de produits forestiers pouvant être récoltés par les communautés locales •Transferts d'information •Formations •Amélioration de l'équipement et infrastructure
9	Plus de 16 institutions dont le Walter Reed Army Institute, le Smithsonian Institute, l'Université de Waoundé, Shaman pharmaceutical, Bristol Myers Squibb (Cameroun et Nigéria)		<ul style="list-style-type: none"> •Somme confidentielle pour les échantillons •Redevances sur la commercialisation 	<ul style="list-style-type: none"> •Recherches contre les maladies locales •Formations •Transferts d'information •Équipement

10	Catholic University of Chile, National University of Patagonia, Institute of Biological Resources et National University of Mexico	University of Arizona, Louisiana State University, Purdue University, American Cyanamid Company	•Pourcentage sur la commercialisation	•Formations •Transferts d'informations •Équipement •Activités de sensibilisation à la conservation
----	--	---	---------------------------------------	---

D'autres accords de bioprospection, comme celui conclu avec les communautés Aguarana et Huambisa, ne prévoient que le versement d'une part des profits réalisés sur la commercialisation de produits développés à partir des ressources transférées²⁶. Dans ce dernier scénario, les possibilités qu'il y ait effectivement un partage des avantages monétaires pour financer la conservation sont minimales puisque les chances de développer un nouveau produit biotechnologique sont elles-mêmes fort limitées²⁷. De ce point de vue, il est préférable que des paiements initiaux, fixes et assurés, soient intégrés dans les accords.

La majorité des accords de bioprospection semblent privilégier une combinaison de différents modes de partage des avantages monétaires, que ce soit des paiements initiaux, des frais sur les réapprovisionnements, des versements correspondant aux différentes phases de recherche et développement ou des parts de profits tirés de la commercialisation de produits²⁸. Par exemple, l'accord entre Ball Horticultural Company et le National Botanical Institute d'Afrique du Sud prévoit un versement initial de 125 000 USD, un versement annuel de 28 000 USD et un pourcentage sur les ventes que Ball réalisera à partir du matériel génétique transféré. Cet accord précise cependant que seuls

26. «Grain, Acteria Become Big Business», <http://www.grain.org/publications/mar991-en.cfm> (page consultée le 22 septembre 2002).

27. D. Putterman, «Model Material Transfer Agreements for Equitable Biodiversity Prospecting», *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, vol 7, n° 1 (1996) 169.

28. Cette pratique correspond aux *Lignes directrices de Bonn* qui proposent que «des avantages à court, moyen et long terme [...] devraient être envisagés». Paragraphe 47 des Lignes directrices.

les profits futurs et incertains tirés de la commercialisation pourront être investis dans un programme de conservation, alors que les versements initiaux doivent servir aux infrastructures, à l'achat de matériel et à la recherche²⁹.

Nous reviendrons au délicat problème de l'utilisation des avantages monétaires. Pour l'instant, il s'agit de constater que les accords de bioprospection comportent généralement des avantages monétaires incluant, pour quelques-uns d'entre eux, des paiements initiaux fixes. Comme plusieurs auteurs l'ont remarqué, ces avantages monétaires ne représentent généralement qu'une mince fraction des budgets de R&D des utilisateurs³⁰. Mais il nous semble plus important d'établir si ces fonds sont suffisamment élevés pour représenter un investissement potentiel dans la conservation.

L'utilisation de l'expression «partage juste et équitable des avantages» signifie, par rapport au simple paiement d'un droit d'accès, que les intérêts sociaux et environnementaux doivent être pris en compte dans le calcul de ce partage. Dès lors, il est presque impossible d'en faire une évaluation précise³¹. À tout le moins, il faudrait que ces sommes imprécises soient supérieures aux coûts des dommages environnementaux que peuvent entraîner les activités de bioprospection :

Although the initial sampling for analysis is unlikely to have significant environmental impact, later recollection may. And if a

-
29. G. Henne et S. Fakir, «NBI0-Ball agreement : A new phase in bioprospecting?», *Biotechnology and Development Monitor*, n° 39 (septembre 1999) 18; R. Wynberg, «Institutional Responses to Benefit-Sharing in South Africa» dans Sarah Laird, *Biodiversity and Traditional Knowledge : Equitable Partnerships in Practice*, Londres, Earthscan, 2002, 60.
30. Il s'agit pourtant d'une critique maintes fois répétée. Organisation pour le Développement de la Coopération Économique, *Aspects économiques*, *supra* note 15 à la p. 16; J. Martinez-Alier, «The Merchandising of Biodiversity», *Capitalism, Nature, Socialism*, vol. 7, n° 1 (1996) 48. Le Creuset, *Un Brevet pour la vie : La propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994 à la p. 102.
31. S. L. Barraclough, *Toward Integrated and Sustainable Development?*, Geneva, United Nations Research Institute for Social Development, 2001 à la p. 6.

product is derived from a sample there is always the potential for commercial harvesting and hence for over exploitation³².

Les accords de bioprospection de notre échantillon sont inégaux quant à la valeur des avantages monétaires et ne nous permettent pas de les comparer aux dommages environnementaux, difficilement quantifiables, engendrés par les activités de bioprospection. Outre les modalités temporelles et la valeur environnementale des avantages monétaires, il faut que le fournisseur ait la capacité et la réelle volonté de protéger la diversité biologique. Il en va de même pour l'organisme bénéficiaire

1.2. Le bénéficiaire des avantages monétaires

À quel type d'organisme est-il préférable de verser les avantages monétaires afin qu'ils soient réinvestis dans la conservation de la diversité biologique? De prime abord, on peut penser que le versement des fonds dans les coffres d'un organisme expressément préoccupé par la conservation soit la stratégie qui réponde le mieux aux objectifs environnementaux des accords de bioprospection. Les 100 000 \$ versés au Parc Yellowstone par l'entreprise Diversa seront sans doute indirectement réinvestis dans la conservation³³. Cependant, comme le soulignent les auteurs d'une étude de Columbia University, cette solution ne favorise pas la conservation des régions menacées :

The ability of regulated [access to genetic resources] to expand conservation efforts is limited because most agreements take place on land where conservation is already underway [...]. This strategy fails to augment current conservation efforts and therefore limits the impact that access regulations can have in transforming land-us practices³⁴.

32. D. Simpson and R. A. Sedjo, *supra* note 24 à la p. 2.

33. K. ten Kate, L. Touche, A. Collis et A. Wells, «Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing in a Protected Area : An Agreement Between Yellowstone national Park and the Diversa Corporation» dans S. Laird, *Biodiversity and Traditional Knowledge : Equitable Partnerships in Practice*, Londres, Earthscan, 2002, aux pp. 165-70.

34. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 à la p. 83. Voir aussi S. Miles Bryan, «Funding Park Conservation with Bioprospection : A Comparative Study of Costa Rica's INBio and Yellowstone National Park», The Colorado College, 2001.

Les ONG semblent des bénéficiaires plus appropriées puisqu'elles ne limitent pas leurs activités à des régions déjà protégées. Mais le versement des avantages monétaires à des organisations comme INBio et Conservation International soulève des préoccupations quant à leur légitimité : «Is a quasi-governmental or non-governmental institution [...] an appropriate gatekeeper for expressly national biological diversity?³⁵». Puisque plusieurs ONG ne rendent des comptes à aucune autorité, qui sera chargé de veiller à ce que les fonds versés soient effectivement investis dans la conservation?

L'État serait sans doute un bénéficiaire plus représentatif et légitime, d'autant plus que les ressources génétiques sont considérées dans plusieurs pays comme étant une propriété publique³⁶. Mais les fonds transmis à l'État risquent de se perdre dans l'appareil administratif et de ne jamais atteindre les besoins locaux de conservation. Mieux vaut rapprocher les avantages monétaires des instances qui ont un réel pouvoir de conserver ou d'altérer la diversité biologique.

Les accords conclus dans le cadre du programme International Cooperative Biodiversity Groups (ICBG), financé par trois agences gouvernementales américaines, privilégient le retour des avantages monétaires dans la région où les ressources génétiques ont été prélevées : «In most of the ICBGs, indigenous or local people within a reasonable geographic proximity were considered important recipients³⁷». Mais les communautés locales n'ont pas toujours des institutions sociales et politiques adéquates pour gérer des fonds collectifs. De plus, elles préfèrent bien souvent investir ces avantages monétaires dans le développement économique local plutôt que dans la conservation de la

35. C. Zerner et K. Kennedy, «Equity Issues in Bioprospecting» dans Miges Baumann *et al.*, dir., *The Life Industry: Biodiversity, People and Profits*, Intermediate Technology Publication, 1996, 96 à la p. 105.

36. Voir par exemple l'article 6 de la loi costaricaine sur la biodiversité. <http://www.grain.org/brl/costarica-biodiversitylaw-1998.cfm> (page consultée le 3 juin 2002).

37. F. Grifo et D. Downes, «Agreements to Collect Biodiversity for Pharmaceutical Research : Major Issues and Proposed Principles» dans Stephen Brush et Doreen Stabinsky, *Valuing local Knowledge : Indigenous People and Intellectual Property Rights*, Washington, Island Press, 1996, à la p. 296.

diversité biologique³⁸. En somme, aucun bénéficiaire ne peut garantir à lui seul que les avantages monétaires seront effectivement investis dans la conservation et dans l'intérêt de toute la collectivité qui a fourni les ressources génétiques.

Plusieurs accords de bioprospection associent un ensemble de bénéficiaires. L'Accord ICBG en Afrique prévoit que les fonds seront redistribués entre des universités, des jardins botaniques, des organisations non gouvernementales, des gouvernements, des communautés locales et une association de médecins traditionnels³⁹. Cette multiplication des bénéficiaires traduit sans doute bien plus le souci d'éviter les accusations d'injustice que celui de cibler le bénéficiaire le plus adéquat. En outre, cette stratégie permet aux utilisateurs d'acquérir du capital social et d'améliorer leurs relations publiques : «The theory of stakeholder management says that companies can only succeed if they pay attention to all those who affect or are affected by the company's operations»⁴⁰. Ce souci de maintenir de bonnes relations publiques se reflète également dans les modalités d'utilisation des avantages monétaires.

1.3. L'utilisation des avantages monétaires

Pour s'assurer que les avantages monétaires soient bien dirigés vers la conservation de la diversité biologique, il faut prévoir, à l'intérieur même des contrats, l'utilisation qui en sera faite. Sans cette précaution, les fournisseurs, surtout s'il s'agit de communautés locales défavorisées, préféreront utiliser les avantages monétaires pour répondre à des besoins à court terme plutôt que d'investir dans la conservation des ressources. Plusieurs accords de notre échantillon fixent donc à l'avance l'utilisation des avantages monétaires. Par exemple, l'accord entre l'University of the Philippines, le Department of Agriculture of the Philippines et l'University of Utah précise que les avantages

38. S. Brush, «A Non-Market Approach to Protecting Biological Resources» dans Tom Greaves, dir., *Intellectual Property Rights for Indigenous People : A Sourcebook, Oklahoma, Society for Applied Anthropology*, 1994, 133.

39. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 45-50.

40. D. F. Murphy et J. Bendell, *Partners in Time? Business, NGOs and Sustainable Development*, Geneva, United Nations Research Institute, 1999 à la p. 39.

monétaires devront être investis par le gouvernement philippin dans la conservation de la biodiversité⁴¹.

Il est important de souligner que l'absence de dispositions pour l'utilisation des avantages monétaires ne signifie pas pour autant que le bénéficiaire puisse les dépenser librement. Même si l'accord entre Merck et INBio ne semble pas prévoir en détail l'utilisation du million de dollars versé par l'entreprise pharmaceutique, INBio est lié par une entente avec le Ministère de l'environnement costaricain qui stipule qu'au moins 10% des budgets de bioprospection doivent servir à la conservation et que 50% des bénéfices reçus de la bioprospection doivent être transférés au ministère pour être ensuite réinvestis dans la conservation⁴². Cependant, la création d'une suite d'accords prévoyant l'utilisation des avantages monétaires, comme celle qui unit Merck, INBio et le Ministère de l'environnement costaricain, augmente le nombre de transactions et risque de favoriser la dilapidation des fonds.

Toutefois, lorsque l'utilisation des avantages monétaires est précisée dans les accords, ils ne sont généralement pas destinés exclusivement à la conservation de la diversité biologique. En fait, les préoccupations de développement local concurrencent les préoccupations environnementales pour obtenir les mêmes ressources monétaires. Ainsi, le Forest People's Fund, financé par Bristol Myers Squibb, se consacre à la fois au développement communautaire, à la conservation biologique et à l'aide médicale des populations locales du Surinam⁴³. Ce fond a notamment servi à financer l'achat de machines à coudre et de tissus pour favoriser la création d'une industrie locale⁴⁴. De même, le projet ICBG au Cameroun et au Nigeria alloue aux projets

41. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 55-61.

42. Environmental Policy Studies Workshop, *ibid.* aux pp. 18-23; Government of Costa Rica, *Benefit Sharing : Experience of Costa Rica*. Paper prepared for the Second Regional Workshop of the UNCTAD «Projet on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the Developing countries», 31 mai et 3 juin, La Habana, Cuba.

43. M. Guérin-McManus et al., «Bioprospecting in Practice : A Case Study of the Surinam ICBG Project and Benefits Sharing under the Convention on Biological Diversity». Disponible sur le site du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/case-studies.asp> (page consultée le 10 mars 2002).

44. M. Guérin-McManus et al, *ibid.* à la p. 17.

de conservation 10% d'un fond constitué par 50% des revenus des licences vendues par le Walter Reed Army Institute. Le reste de ce fond sert à financer la recherche, la formation d'étudiants, le développement économique et les associations de médecins traditionnels⁴⁵.

De façon générale, en précisant à l'avance l'utilisation des avantages monétaires, les parties aux accords de bioprospection se trouvent sollicitées pour répondre aux réclamations des différents acteurs intéressés. L'équité «intergénérationnelle» est alors diluée au sein de diverses préoccupations – ou diverses apparences de préoccupations – d'équité «intragénérationnelle».

Les *Lignes directrices de Bonn* sur le partage des avantages n'apportent qu'une réponse partielle à l'utilisation des avantages monétaires. Elles ne précisent pas quels sont les bénéficiaires les mieux placés pour investir dans la conservation : «Il peut s'agir d'institutions gouvernementales, non gouvernementales, ou universitaires et de communautés locales et autochtones⁴⁶». De plus, les *Lignes directrices de Bonn* ne proposent pas explicitement que les fournisseurs et les utilisateurs déterminent à l'intérieur même des accords de bioprospection l'utilisation des avantages monétaires. À tout le moins, les Lignes directrices rappellent, dans un vœu pieux, l'objectif environnemental du partage des avantages : «Les avantages devraient être répartis de manière à promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique⁴⁷».

Bien que quelques accords prévoient des versements initiaux, rien n'indique qu'ils serviront à la conservation. Puisque peu d'institutions peuvent offrir à elles seules une telle garantie, les parties doivent préciser à l'avance, dans leur accord, l'utilisation qui sera faite des avantages monétaires. Cependant, en précisant cette utilisation, les parties s'embourbent dès lors dans

45. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 45-50; M. Iwu et S. Laird, *The International Cooperative Biodiversity Group : Drug Development and Biodiversity Conservation in Africa : Case Study of a Benefit-Sharing Plan*, February 1998, disponible sur le site du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique*, <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/case-studies.asp?lg=2>. (page consultée le 2 mars 2002).

46. Para. 48 des *Lignes directrices de Bonn*.

47. *Ibid.*

les dilemmes de l'équité ou plutôt dans les dilemmes des relations publiques. Peut-on alors penser que les avantages technologiques, plus que les avantages monétaires, favorisent la conservation de la diversité biologique?

2. Des technologies pour la conservation?

Les pays du Sud réclament depuis longtemps l'accès aux technologies du Nord pour enfin permettre leur développement. Cette réclamation s'est intégrée dans le régime de la biodiversité en prenant une teinte environnementale. En effet, les parties à la *Convention sur la diversité biologique* se sont engagées «à assurer et/ou à faciliter à d'autres Parties contractantes l'accès aux technologies nécessaires à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique [...]»⁴⁸. Sous cet angle, le transfert de technologie pourrait contribuer à l'atteinte des objectifs de conservation.

2.1. Les transferts de technologie dans les accords de bioprospection

Puisque les technologies sont majoritairement détenues par le secteur privé, les États qui doivent appliquer la *Convention sur la diversité biologique* ont une capacité d'action limitée⁴⁹. Les accords de bioprospection, en impliquant généralement une ou plusieurs parties du secteur privé, représentent une occasion idéale pour négocier un transfert de technologie. Néanmoins, comme le remarque un rapport du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique*, il semble que les institutions publiques soient les plus favorables à la prévision d'un transfert de technologie dans leurs accords de bioprospection :

L'expérience acquise jusqu'ici a révélé des différences marquées entre les types d'avantages partagés dans le cadre d'arrangements contractuels, selon que l'utilisateur est une entreprise commerciale ou

48. Art. 16(1) de la *Convention sur la diversité biologique*.

49. G. Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity : Seeds and Plant Varieties*, Cambridge, The World Conservation Union, 2000 à la p. 57. En fait, les États sont appelés à prendre «les mesures législatives, administratives ou de politique générale voulues pour que soit assuré aux Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques [...], le transfert de ladite technologie selon des modalités mutuellement convenues [...]». Article 16(3) de la *Convention sur la diversité biologique*.

une institution publique. Dans ce dernier cas, l'accent est mis davantage sur les avantages non pécuniaires⁵⁰.

Malgré ce déséquilibre entre les institutions privées et publiques, plusieurs accords de bioprospection prévoient des avantages technologiques en plus des avantages monétaires⁵¹. En règle générale, les utilisateurs s'engagent à offrir des formations, à livrer des informations ou à céder du matériel technologique aux fournisseurs de ressources génétiques. Le transfert de technologie peut également s'effectuer par le biais d'un accord de coentreprise, comme celui conclu entre le Gouvernement de Sarawak en Malaisie et la société pharmaceutique américaine Medichem Research⁵². Presque tous les accords que nous avons étudiés prévoient, sous une forme ou une autre, un transfert de technologie des utilisateurs vers les fournisseurs de ressources génétiques.

En comparaison aux avantages monétaires, qui sont souvent limités ou incertains, les avantages technologiques représentent un intérêt réel et concret pour les fournisseurs : «The main benefits to be obtained from access agreements will most likely be non monetary⁵³». Mais l'existence d'un transfert de technologie ne signifie pas pour autant qu'il contribue à la conservation de la diversité biologique.

50. Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, *Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages*. Note du secrétaire exécutif. Première réunion, San José, 4-8 octobre 1999, UNEP/CBD/EP-ABS/2 à la p. 6.

51. Bien que les avantages monétaires prévus dans les accords de bioprospection peuvent servir à acheter des technologies, nous ne tiendrons compte dans cette section que des avantages technologiques prévus comme tels dans les accords de bioprospection afin d'éviter une double comptabilité.

52. K. Ten Kate et A. Wells, *The Access and Benefits-Sharing policies of the United States National Cancer Institute : A Comparative Account of the Discovery and Development of the drugs Calanolide and Topotecan*, www.biodiv.org/doc/case-studies/ls-abs-nci.pdf.

53. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 à la p. 86.

2.2. Des technologies vertes?

Les transferts de technologie prévus dans les accords de bioprospection que nous avons étudiés ne participent que marginalement à la conservation de la diversité biologique. Bien entendu, l'identification de la flore et de la faune fournit des informations utiles aux stratégies de gestion de la diversité biologique. Quelques utilisateurs, comme Bristol Myers Squibb, se sont engagés à transférer à leurs fournisseurs l'identification taxonomique des échantillons des ressources génétiques reçues⁵⁴. Cependant, ce transfert d'informations nous semble insuffisant pour affirmer qu'il contribue significativement à la conservation de la diversité biologique.

Quelques accords de bioprospection prévoient une contribution plus directe aux efforts de conservation. L'Accord ICBG au Pérou stipule que les chercheurs du Natural History Museum fourniront aux communautés Aguarana et Huambisa une liste de variétés végétales pouvant être récoltées de façon à réduire la pression agricole sur les forêts⁵⁵. Une autre initiative intéressante à souligner est celle du Marine Science Institute qui, dans son accord avec le gouvernement philippin, s'est engagé à développer un programme d'éducation et une campagne d'information sur la conservation dans les communautés près desquelles des prélèvements ont été effectués⁵⁶. Malheureusement, ces initiatives demeurent isolées et ne sont pas répétées dans la majorité des accords.

Différents types d'avantages non monétaires, ne contribuant pas nécessairement à la conservation de la diversité biologique, sont évoqués dans

54. M. Guérin-McManus *et al.*, *supra* note 43 à la p. 19.

55. F. T. Grifo, «Chemical Prospecting : An Overview of the International Cooperative Biodiversity Groups Program», www.nih.gov/fic/programs/chempro.html (page consultée le 4 mai 2002); R. Barsh *et al.*, «The North American Pharmaceutical Industry and Research Involving Indigenous Knowledge», Site de First Peoples Worldwide, www.fistpeoples.org/corporate/company_engagement/final_biotech.htm (site visité le 2 avril 2002); G. Dutfield, *Intellectual Property Rights...*, *supra* note 49 à la p. 43; A. Seiler et G. Dutfield, *supra* note 14 aux pp. 65-66; RAFI, «Bio-Prospectors Hall of Shame...of Guess Who's Coming to Pirate Your Plants?!: Pros and Cans of Bilateral Bioprospecting Agreements», 30 novembre 1994, <http://www.rafi.org/article.asp?newsid=212> (site visité le 22 septembre 2002).

56. Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 55-61.

les accords de bioprospection. Les *Lignes directrices de Bonn* ne font elles-mêmes référence aux technologies servant à la conservation qu'à travers une longue liste d'avantages non monétaires pouvant potentiellement être inclus dans les accords de bioprospection⁵⁷. Or, la rhétorique dominante qui associe le partage des avantages à la conservation de la diversité biologique est si vive que toutes les sortes d'avantages non monétaires sont considérées comme des éléments d'une stratégie globale de conservation. Ainsi, Joshua Rosenthal, du National Institute of Health, explique que les recherches pharmaceutiques auxquelles font allusion les accords de bioprospection contribuent à la conservation :

Traditional disease eradication programs that focus on vector control for diseases such as malaria have often directly resulted in habitat destruction (e.g., draining wetlands and broad insecticide applications) and have created an unfriendly view of tropical forests and wetlands among public health officials in many countries⁵⁸.

De façon similaire, Katy Koran, de Healing Forest Conservancy, une fondation créée par une entreprise de biotechnologie, tient à démontrer que le transfert de technologie favorise le développement économique local qui, à son tour, favorise la conservation de la diversité biologique :

More importantly, if training, education and employment opportunities are available to women, ecological impacts can be magnified. Data exist to demonstrate that women who have option between having a job or having another child typically choose the former, effectively lessening population pressures on natural resources⁵⁹.

Ces arguments sur le transfert de technologie et la conservation semblent peu convaincants. Toutefois, ils sont révélateurs de la ferme volonté d'associer les accords de bioprospection à l'objectif de conservation de la diversité biologique. Bien que le développement économique et la protection de

57. Appendice II des *Lignes directrices de Bonn*.

58. J. Rosenthal, *supra* note 21 à la p. 5.

59. K. Koran, *supra* note 10 aux pp. 104-05.

l'environnement soient effectivement interdépendants, il nous semble que les transferts de technologies contribuent surtout à des objectifs commerciaux.

2.3. Intégrer les fournisseurs aux industries biotechnologiques

L'analyse des transferts de technologies révèle que les accords de bioprospection de notre échantillon visent l'intégration des fournisseurs aux industries biotechnologiques. Les technologies transférées permettent aux fournisseurs d'offrir du matériel génétique et des services de meilleure qualité. La cession d'équipements de laboratoire et des formations techniques sur la collecte et l'analyse de matériel génétique font partie de presque tous les accords. De plus, plusieurs accords prévoient des recherches communes ou le transfert d'informations sur la recherche et le développement de produits biotechnologiques. De cette façon, les fournisseurs seront mieux équipés et mieux formés pour offrir leurs ressources génétiques aux utilisateurs.

Les utilisateurs sont doublement gagnants : en échange de matériel génétique, ils transfèrent des technologies qui leur permettront, en bout de ligne, d'obtenir du matériel génétique de meilleure qualité et de moindre coût. Comme l'explique Shane P. Mulligan, le transfert de technologie sert les intérêts des utilisateurs :

[...] Investments into training and technology transfers to Southern partners will improve the latter's capacity to supply partially finished goods, such as extracts and concentrated isolates, in addition to raw plant material. Given wage differentials between North and South, the cost associated with these labour intensive aspects of sourcing should be lower than those which would incur if materials were obtained through contracted collectors from industrialised states. In being fair and equitable, then, companies are also investing on the economic and political viability of their currents and future supplies of raw (or partly finished material)⁶⁰.

On pourrait penser que les transferts de technologies prévus dans les accords de bioprospection permettent aux fournisseurs d'augmenter la valeur

60. S. P. Mulligan, *supra* note 14 à la p. 45.

marchande de leurs produits et services. Si les accords actuellement conclus renforcent leur expertise, les fournisseurs pourront exiger plus d'avantages monétaires dans leurs futurs accords de bioprospection. Le rapport d'un groupe de travail de la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique* souligne cette possibilité :

Le renforcement des capacités a également pour effet d'augmenter de façon sensible les revenus qui peuvent être générés des ressources génétiques. Par exemple, en cataloguant simplement la diversité biologique existant dans le pays ou en améliorant la ressource elle-même, les fournisseurs sont arrivés à augmenter fortement l'utilisation de leurs ressources génétiques et donc les revenus qui en découlent⁶¹.

En poursuivant cette réflexion, on pourrait conclure que même les technologies visant à intégrer les fournisseurs aux industries biotechnologiques contribuent indirectement à la conservation. Puisque les avantages monétaires augmenteront, les fonds consacrés à la conservation seront eux aussi plus importants. D'un autre côté, la perspective d'accroissement des revenus pour les populations locales peut favoriser la surexploitation plutôt que la conservation des ressources. De toute façon, comme nous l'avons constaté en première partie, les avantages monétaires prévus dans les accords de bioprospection sont souvent conditionnels au développement d'un produit commercial et sont rarement destinés à la conservation. Et, comme nous le démontrerons dans la partie suivante, les fournisseurs ne peuvent pas toujours s'attendre à un accroissement significatif des avantages monétaires tirés des activités de bioprospection.

3. La création d'un marché pour la conservation?

L'argument le plus fréquemment soulevé, par les tenants de la rhétorique dominante sur le partage des avantages et sur la conservation, n'est pas que les accords de bioprospection fournissent des fonds ou des technologies utiles à la conservation, mais plutôt que le partage des avantages fournit lui-même un encouragement à la conservation. Le document *Préserver la diversité*

61. Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, Note du secrétaire exécutif, (UNEP/CBD/EP-ABS/2) 4-8 octobre 1999 à la p. 6.

biologique, publié par l'OCDE, explique cet argument fondamental : «Si les espèces sauvages et leurs habitats ont une valeur négociable, les personnes ou collectivités disposant de droits de propriété exécutoires sont incitées à les protéger et à les ménager, garantissant ainsi l'existence de populations saines⁶²». Comme d'autres accords de bioprospection, l'accord conclu entre le Strathclyde Institute of Drug et University of the South Pacific reprend explicitement cette thèse : «One of the purposes of the agreement is to promote the conservation of biodiversity in Fiji by creating incentives for species conservation [...]»⁶³. Pourtant, l'analyse des accords de bioprospection de notre échantillon indique que les incitatifs économiques à la conservation sont limités.

Nous avons déjà relevé quelques éléments qui nous permettent de croire que le partage des avantages ne représente pas un argument durable à la conservation. Sur le plan quantitatif, même si les avantages monétaires étaient suffisants pour être réinvestis dans la conservation, ils seraient sans doute insuffisants pour que les fournisseurs renoncent à leurs activités affectant la diversité biologique. Georges Frisvold et Peter Condon ont établi que les coûts d'opportunité d'une renonciation à l'exploitation forestière ou au défrichement agricole sont trop élevés pour être compensés par les avantages monétaires de la bioprospection⁶⁴. De plus, comme nous l'avons déjà noté, les avantages ne parviennent pas toujours jusqu'à ceux qui déterminent l'utilisation des terres : «If those who have the power to destroy ecosystems rich in genetic diversity are not paid for the products that may be derived from them, they will have less

62. Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Préserver la diversité biologique...*, *supra* note 17 à la p. 142. Pareillement, Jessica Mathews, vice-présidente du World Resources Institute, considère que les accords de bioprospection représentent «the most efficient way to achieve environmental ends». Citée dans Seth Shulman, *Owning the Future*, Boston New York, Houghton Mifflin Company, 1999 à la p. 138.

63. W. Aalbersberg, «Developing Bioprospecting Agreements in Fiji» dans Sarah Laird, *Biodiversity and Traditional Knowledge : Equitable Partnerships in Practice*, Londres, Earthscan, 2002 à la p. 208. Voir également Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 51-55; Pacific Biodiversity and Conservation Portal «Annex 2 : Bioprospecting Arrangements», site de *Pacific Biodiversity and Conservation Portal*, www.pacificbiodiv.org/Files/annex_2.doc (visité le 15 mai 2002) aux pp. 2-5; W. Aalbersberg *et al.*, «The role of a Fijian community in a bioprospecting project» <http://www.biodiv.org/doc/case-studies/cs-abs-fj.pdf>, (site consulté le 2 mars 2002).

64. G. Frisvold et P. Condon, *supra* note 14 à la p. 1.

incentive to preserve them⁶⁵». Dans cette section, nous verrons que les accords de bioprospection limitent eux-mêmes les incitatifs économiques, autant ceux venant du réapprovisionnement que ceux venant de la conclusion de nouveaux accords de bioprospection.

3.1. L'absence de frais de réapprovisionnement prédéterminés

Bien que les premières analyses biochimiques ne nécessitent que quelques grammes de matériel génétique, les phases ultérieures de la recherche et du développement d'un produit biotechnologique exigent plusieurs kilogrammes du même matériel génétique⁶⁶. Lorsque les premières analyses laissent croire qu'une ressource génétique est commercialement intéressante, les utilisateurs peuvent être disposés à payer un prix plus élevé pour obtenir de nouveaux échantillons et continuer leurs recherches. Selon les estimations de Daniel Putterman, les frais de réapprovisionnement de 50 à 100 grammes d'une substance se situent entre une centaine et quelques milliers de dollars⁶⁷. Si les accords de bioprospection prévoyaient des conditions avantageuses aux modalités de réapprovisionnement, il est probable que les fournisseurs seraient encouragés à conserver les ressources qu'ils ont déjà transférées⁶⁸. Deux modalités sont nécessaires pour qu'un tel incitatif soit opérant : il faut que les frais de réapprovisionnement soient prédéterminés et que l'utilisateur ne puisse pas se réapprovisionner chez un autre fournisseur.

Les fournisseurs seraient encouragés à préserver les ressources qu'ils ont déjà transférées s'ils connaissaient leur valeur marchande potentielle et que si celle-ci était suffisamment élevée pour fournir une raison à sa conservation. Or, dans notre échantillon, seul l'accord entre University of South Pacific et Strathclyde Institute of Drug Research prévoit une échelle de prix pour les frais

65. D. Simpson et R. A. Sedjo, *supra* note 24 aux pp. 1-6.

66. D. Simpson et R. A. Sedjo, *ibid.* à la p. 2; W. Reid, «Gene co-ops and the Biotrade : Translating Genetic Resources Rights into Sustainable Development», *Journal of Ethnopharmacology*, vol. 51, 1996 à la p. 77; D. Putterman, *supra* note 27 à la p. 165.

67. D. Putterman, *ibid.* à la p. 167.

68. Organisation de Coopération et de Développement Économique. *Préserver la diversité...*, *supra* note 17 à la p. 144.

de réapprovisionnement⁶⁹. L'accord ICBG au Cameroun et au Nigeria, comme d'autres accords de notre échantillon, prévoit des opérations de réapprovisionnement mais se garde d'estimer la valeur de ces échantillons⁷⁰. Si les fournisseurs ne connaissent pas la valeur marchande de leurs ressources, comment peuvent-ils être encouragés à les conserver une fois qu'elles seront transférées à un utilisateur?

Pour éviter que l'utilisateur ne se tourne vers de nouveaux fournisseurs disposant de la même ressource, les accords de bioprospection devraient exiger que l'utilisateur se réapprovisionne en priorité chez le fournisseur originel :

If the buyer [requests more materials] the seller may infer that the buyer has found something useful. The seller would then want to charge the buyer more for the next batch or samples. If the buyer anticipates that the seller will behave in this way, he or she would have little incentive to begin research in the first place: if a discovery is made, the buyer knows that the seller will try to deprive him or her of the profits by increasing the price of samples⁷¹.

Selon les informations dont nous disposons, seuls trois accords de notre échantillon accordent un tel statut au fournisseur. Parmi ceux-ci, l'accord ICBG au Surinam prévoit un système d'encodage qui associe chaque échantillon transféré à un numéro. L'utilisateur, l'entreprise Bristol Myers Squibb, ne connaissant que le numéro, ne peut donc que se tourner vers le fournisseur originel, Conservation International, pour se réapprovisionner⁷². Mais, comme le remarque Bromwyn Parry, les modalités prévues dans la majorité des accords de bioprospection n'assurent pas des droits absolus au fournisseur originel : «Most contractual agreements contain an escape clause that allows the buyer to opt out of the resupply agreement if the source country cannot provide adequate

-
69. W. Aalebersberg, «Developing Bioprospecting...», *supra* note 63 à la p. 210; Voir également Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 aux pp. 51-55; Pacific Biodiversity and Conservation Portal, *supra* note 63 aux pp. 2-5; W. Aalebersberg *et al.*, *supra* note 63.
70. M. Iwu et S. Laird, *supra* note 45 à la p. 20.
71. D. Simpson et R. A. Sedjo, *supra* note 24 à la p. 2. Voir également P. Mooney, «Why we Call it Biopiracy», *Bioprospecting : From Biodiversity in the South to Medicines in the North*, H. Svarstad et S. Dhillon, dir., Spatacus Forlag As, Oslo, 2000 à la p. 38.
72. M. Guérin-McManus *et al.*, *supra* note 43 à la p. 10.

amounts of raw material at a mutually agreed upon fair price⁷³». À notre connaissance, aucun accord de bioprospection de notre échantillon engage l'utilisateur à verser des redevances au fournisseur originel s'il se réapprovisionne chez un autre fournisseur⁷⁴.

Bien que les *Lignes directrices de Bonn* stipulent que «la création et l'utilisation de marchés devraient être considérées comme une façon efficace d'assurer la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique⁷⁵», peu de dispositions favorisent les incitations économiques à la conservation. En fait, les *Lignes directrices* ne précisent pas que les contractants devraient prévoir une échelle de prix pour les frais de réapprovisionnement et qu'ils devraient veiller à ce que le fournisseur soit considéré comme la source prioritaire de réapprovisionnement⁷⁶.

De toute façon, ces réapprovisionnements seraient sans doute ponctuels et ne pourraient modifier les activités économiques à long terme. De plus, les réapprovisionnements n'inciteraient qu'à la conservation des ressources déjà transférées et non à toute la diversité biologique dont dispose le fournisseur. Pour que les fournisseurs soient encouragés à conserver l'ensemble de leur diversité biologique, ils doivent pouvoir espérer conclure plusieurs accords de bioprospection avec différents utilisateurs et sur différentes ressources biologiques.

73. P. Bronwyn, «The Fate of the Collections : Social Justice and the Annexation of Plant Genetic Resources» dans C. Zerner, dir., *People, Plants and Justice : The Politics of Nature conservation*, New York, Columbia University Press, 2000 à la p. 395.

74. P. Mooney, *supra* note 71 à la p. 38.

75. Para. 51(d) des *Lignes directrices de Bonn*.

76. Au para. 47, les *Lignes directrices de Bonn* affirment toutefois que «L'échéancier du partage des avantages devrait être arrêté de manière définitive».

3.2. Une porte close pour de nouveaux accords de bioprospection

Plusieurs accords de bioprospection limitent eux-mêmes les possibilités de créer un marché dynamique des ressources génétiques. En effet, ils prévoient différentes modalités qui empêchent les fournisseurs de conclure de nouveaux accords.

Les utilisateurs souhaitent généralement s'assurer une période d'exclusivité sur les ressources transférées pour éviter que d'autres utilisateurs leur fassent concurrence. Selon les informations dont nous disposons, seul l'accord ICBG au Pérou affirme le droit des fournisseurs de vendre les ressources transférées à d'autres utilisateurs⁷⁷. Comme le rappelle Francesca Grifo et David Downes, les périodes d'exclusivité doivent être courtes pour que le marché des ressources génétiques soit dynamique : «Short periods of exclusivity could allow providers to expand their opportunities for investigation by seeking other partners more quickly if other parties to the agreement do not exhaust all possible screens⁷⁸». Dans cette perspective, Daniel Putterman recommande des périodes maximales d'exclusivité de 3 à 24 mois⁷⁹. Toutefois, certains utilisateurs, comme Ball Horticultural Company, jouissent d'une période d'exclusivité de plusieurs années⁸⁰. Une solution intermédiaire est prévue dans l'Accord Merck-INBio et l'accord ICBG Surinam, c'est-à-dire une exclusivité limitée à une fraction seulement des ressources transférées⁸¹. Malheureusement, les *Lignes directrices de Bonn* ne reprennent pas cette idée et ne recommandent pas de restreindre les périodes d'exclusivité à quelques mois.

Pour s'assurer une certaine forme d'exclusivité, l'utilisateur peut déposer un brevet sur le matériel génétique transféré. Conformément à l'*Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle relatif au Commerce*, une invention doit répondre aux critères de nouveauté, d'activité inventive et

77. R. Barsh *et al.*, *supra* note 55; F. T. Grifo, *supra* note 55; G. Dutfield, *Intellectual Property Rights...*, *supra* note 55 à la p. 43; A. Seiler et G. Dutfield, *supra* note 55 aux pp. 65-66.

78. F. Grifo et D. Downes, *supra* note 37 à la p. 300.

79. D. Putterman, *supra* note 27 à la p. 165.

80. R. Wynberg, *supra* note 29 à la p. 65.

81. D. Putterman, *supra* note 27 à la p. 167; Environmental Policy Studies Workshop, *supra* note 23 à la p. 19.

d'application industrielle pour pouvoir être brevetée⁸². Mais, selon certaines législations, des séquences d'ADN et des gènes isolés et purifiés peuvent être brevetés⁸³. Leur fabrication, leur utilisation, leur vente et leur importation sont alors réservées au titulaire du brevet. Par conséquent, si un utilisateur détient un brevet sur des ressources transférées, les autres utilisateurs seront dissuadés d'effectuer des recherches sur ces ressources et préféreront conclure un accord avec d'autres fournisseurs⁸⁴. Pourtant, aucun accord de notre échantillon, pas plus que les *Lignes directrices de Bonn*, ne précise que l'utilisateur doit renoncer à breveter le matériel génétique transféré, même s'il est isolé et purifié.

La possibilité pour les fournisseurs de conclure de nouveaux accords de bioprospection serait grandement diminuée si les utilisateurs pouvaient eux-mêmes transférer les ressources à des tiers sans obtenir un consentement préalable. Lorsqu'un utilisateur transmet des ressources à d'autres utilisateurs, ceux-ci devraient aussi partager les avantages qu'ils tirent de l'utilisation des ressources⁸⁵. Ce principe semble respecté dans plusieurs accords de bioprospection. De même, les *Lignes directrices de Bonn* affirment que les utilisateurs devraient, «lorsque des ressources biologiques sont fournies à des tiers, honorer toutes les modalités et conditions relatives au matériel acquis⁸⁶». Il serait judicieux d'ajouter que ces conditions s'appliquent également aux dérivés, aux répliques, à la descendance, aux substances et au matériel génétique isolé du matériel génétique transféré.

On peut douter que les fournisseurs soient réellement encouragés à investir dans la conservation de la diversité biologique dans l'espoir d'en tirer des bénéfices futurs. La structure défavorable du marché des ressources

82. Art. 27(1) de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle relatif au Commerce.

83. C. Correa, *Intellectual Property Rights, The WTO and Developing Countries. The TRIPS Agreement and Policy Options*, London, New-York, Penang, Zed Books, Third World Network, 2000 aux pp. 178-179.

84. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle s'est penchée sur cette question. Voir le rapport *Principe à prendre en considération pour les clauses de propriété intellectuelle des arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages*, (OMPI/GRTKF/IC/2/3), 10 septembre 2001.

85. D. Putterman, *supra* note 27 à la p. 164.

86. Para. 16(b)(viii) des *Lignes directrices de Bonn*. Voir également les paragraphes 34 et 44.

génétiques et les modalités mêmes mentionnées dans les accords de bioprospection empêchent les fournisseurs d'atteindre des bénéfices substantiels. Même si le partage des avantages fournissait des incitatifs économiques supérieurs aux profits envisageables que représente la renonciation aux activités affectant la diversité biologique, rien ne dit que les fournisseurs iront dans ce sens. Les observations de S. Laird, A.B. Cunningham et E. Lisinge sur la prospection de *Ancistrocladus Korupensis* au Cameroun sont probantes :

On a local level, many forest communities now know that the forest might contain a million-dollar drug, but this does not appear to have changed local people's relationship with the forest nor has it spurred local level conservation efforts. At the national level, we find a government that, unlike most, has come across a potential source of green gold. Since this discovery, however, government-sanctioned forest clearance for agriculture, and dramatically increased timber exploitation, have caused significant damage to biodiversity and ecosystems within Cameroon⁸⁷.

Les accords de bioprospection ne semblent pas favoriser réellement la conservation de la diversité biologique, que ce soit par les avantages monétaires, les transferts de technologies ou les incitatifs économiques. S'il est question d'équité, elle est «intragénérationnelle» et très peu «intergénérationnelle». Alors, comment expliquer que les utilisateurs et les fournisseurs considèrent que les accords de bioprospection participent à la conservation de la diversité biologique?

4. La dérive du discours sur la conservation

Les objectifs de conservation, d'utilisation durable et de partage des avantages permettent d'inclure la bioprospection dans le champ du développement durable⁸⁸. Ce néologisme, qui reflète une conception du développement porteuse d'avenir, peut également être utilisé pour conquérir la

87. S. Laird, A. B. Cunningham et E. Lisinge, «One is Ten Thousand? The Cameroon Case of *Ancistrocladus Korupensis*» dans C. Zerner, dir., *People, Plants and Justice : The Politics of Nature Conservation*, New York, Columbia University Press, 2000, à la p. 367.

88. S. P. Mulligan, *supra* note 14 à la p. 38.

sympathie des consommateurs et obtenir du financement d'organisations nationales ou internationales. Selon L. Barraclough explique en partie le succès du concept de développement durable par son ambiguïté : «The reasons for the term's recent popularity have less to do with its conceptual innovation or analytical sharpness than with the practical politics of the era⁸⁹». Qui peut s'opposer à un projet qui favorise à la fois le développement économique, la durabilité environnementale et l'équité sociale? Ainsi, en s'ancrant à un objectif qui fait consensus, la bioprospection affiche sa différence par rapport aux autres activités du Nord qui puisent dans les ressources naturelles du Sud.

En premier lieu, en faisant la promotion du développement durable, certains utilisateurs de ressources génétiques cherchent à protéger leur capital de sympathie. Comme le souligne un document de l'OCDE, «la sensibilité des entreprises pharmaceutiques à un boycott commercial, qui découle du fait que leur rente dépend d'un petit nombre de produits, [peut] l'emporter sur les considérations à court terme de maximisation de la part relatives des profits⁹⁰». Ces utilisateurs veulent atténuer les revendications et les blâmes des différentes parties intéressées par l'application du principe du partage des avantages. David Levy soutient qu'une apparence de participation des entreprises au développement durable leur permet d'intégrer les critiques et de maintenir le régime établi : «[Corporate environmentalism] can be understood as an integrated response on the practical and ideological levels that serve to deflect more radical challenges to the hegemonic coalition⁹¹». Par conséquent, plusieurs utilisateurs acceptent d'investir dans un partage des avantages à des conditions plus élevées que celles du libre marché. Merck et Shaman Pharmaceuticals, par exemple, sont encore aujourd'hui continuellement cités comme des utilisateurs modèles, respectant le principe du partage des avantages avant même que la *Convention sur la diversité biologique* soit conclue⁹². Cette perspective permet

89. S. Barraclough, *supra* note 31 à la p. 5.

90. Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Aspects économiques...*, *supra* note 15 à la p. 28.

91. Cité dans D. F. Murphy et J. Bendell, *supra* note 40 à la p. 39.

92. S. King, « Establishing Reciprocal : Biodiversity, Conservation and New Models for co-operation Between Forest Dwelling Peoples and the Pharmaceutical Industry » dans T. Greaves, dir., *Intellectual Property Rights for Indigenous peoples : A source Book*, Society for Applied Anthropology, Oklahoma City, 1994, à la p. 73; <http://www.shamanbotanicals.com/sustain.htm> (page consultée le 14 mars 2002).

également d'expliquer la préférence des utilisateurs pour la multiplication du nombre de bénéficiaires des avantages monétaires. Il n'est pas non plus étonnant que le gouvernement de la Suisse, pays qui compte plusieurs entreprises utilisatrices de ressources génétiques, ait lui-même proposé aux parties à la *Convention sur la diversité biologique* d'adopter un système de certification de l'application du principe du partage des avantages⁹³.

Plus encore qu'une réponse aux critiques des entreprises biotechnologiques et pharmaceutiques, l'application du partage des avantages masque une réalité industrielle. Comme nous l'avons souligné, le transfert de technologies prévu dans les accords de bioprospection ne vise généralement pas à préserver les ressources génétiques, mais plutôt à mieux intégrer les fournisseurs à la production biotechnologique. La rhétorique de conservation justifie la consolidation des organismes du Sud en fournisseurs au profit des utilisateurs du Nord⁹⁴.

Enfin, les activités de bioprospection, en étant considérées comme des exemples de développement durable, s'assurent un accès à divers financements. À travers le programme International Cooperative Biodiversity Groups, trois agences gouvernementales américaines, soit le National Institutes of Health, le National Science Foundation et le US Agency for International Development, ont financé des accords de bioprospection et ont ainsi aidé les entreprises de biotechnologie américaines à former leurs fournisseurs de ressources génétiques⁹⁵. Plus récemment, l'Union européenne et le Programme des Nations Unies pour le développement ont annoncé, lors du Sommet de Johannesburg sur le développement durable, qu'ils financeront en partenariat un projet de bioprospection en Asie⁹⁶. Le couvert du développement durable permet même aux utilisateurs de réclamer des conditions particulières de l'État fournisseur

93. Switzerland, *Draft Guidelines on Access and Benefit Sharing Regarding the Utilisation on Genetic Resources*, fifth Conference of the Parties to the *Convention on Biological Diversity*, 15-26 mai 2000, Annex D

94. Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Aspects économiques...*, *supra* note 15 à la p. 28; S. P. Mulligan, *supra* note 14 aux pp. 55-56.

95. J. Rosenthal, *supra* note 21 à la p. 2.

96. «South-East Asian partnership on Access to genetic resource and Equitable Sharing of Benefits» www.johannesburgsummit.org/html/sustainable_dev/p2_managing_resources/1908_se_asian_part_access.pdf (site consulté le 23 septembre 2002).

comme le propose un document du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* : «Afin de promouvoir le partage des avantages, les pays en développement sont invités à adopter des mesures spéciales de congé fiscal pour les entreprises qui font de la prospection ou qui utilisent les ressources génétiques du pays⁹⁷». Le développement durable légitime non seulement les subventions des pays utilisateurs mais également les demandes de privilèges adressées aux pays fournisseurs par les entreprises de biotechnologie.

La rhétorique du partage des avantages et de la conservation ne sert pas uniquement les intérêts des utilisateurs. En effet, les pays fournisseurs espèrent recevoir des fonds et des technologies d'organisations gouvernementales, non gouvernementales ou intergouvernementales qui feront la promotion du développement durable. Déjà, au cours des débats de la *Convention sur la diversité biologique*, les pays du Sud, «préoccupés davantage par leur “retard” de développement, [ont] accepté le projet de conservation suggéré par les pays industrialisés, à condition que ces mesures soient financées par le Nord [...]»⁹⁸. Comme le remarque Shane Mulligan, «These grants are, at least in the short term, likely to be far more substantial than the economic returns available in exchange for access for natural biochemical research⁹⁹». Le fait que plusieurs parties prenantes, du Nord comme du Sud, trouvent facilement des vertus environnementales aux accords de bioprospection n'est sans doute pas étranger au fait qu'elles tirent avantages de ces accords.

La conservation de la diversité biologique sert ici de terrain d'entente pour des transactions économiques. Cette conclusion n'est-elle pas le reflet du régime de la biodiversité dans son ensemble? La *Convention sur la diversité biologique* elle-même peut être vue comme un échange entre le respect des droits de propriété intellectuelle et l'accès aux ressources génétiques

-
97. Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, Note du secrétaire exécutif, (UNEP/CBD/EP-ABS/2) 4-8 octobre 1999 à p. 13.
98. M. Hufty, «a gouvernance internationale de la biodiversité», *Études internationales*, vol. 32, n° 1 (mars 2001) 5 à la p. 25. Voir également Philippe Le Prestre, *Ecopolitique internationale*, Montréal, Guérin Universitaire à la p. 248.
99. S. P. Mulligan, *supra* note 14 à la p. 44.

revendiquées par le Nord contre la souveraineté sur les ressources génétiques et le partage des avantages réclamés par le Sud¹⁰⁰.

Conclusion

L'article premier de la *Convention sur la diversité biologique* précise que ses objectifs sont «la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques [...]». Le discours dominant considère que ces trois objectifs sont interdépendants et qu'ils permettent de faire progresser le développement durable dans toute sa «multisectorialité»¹⁰¹. D'une part, les utilisateurs auraient intérêt à financer la conservation de la diversité génétique, source de futurs produits commerciaux. D'autre part, les fournisseurs auraient intérêt à conserver leurs ressources pour mieux les revendre.

Des analyses économiques ont établi que la surabondance de l'offre de ressources génétiques *in situ* invalide l'association systématique entre le partage des avantages et la conservation de la diversité biologique¹⁰². Néanmoins, l'analyse de la pratique réelle d'un secteur particulier d'utilisation de la diversité biologique, soit la bioprospection, tend à démontrer que des avantages sont effectivement partagés, probablement au-delà du prix théorique du libre marché des ressources génétiques. Mais même dans ces cas, l'analyse de quelques accords de bioprospection nous permet de croire que le partage des avantages, tel qu'appliqué jusqu'à présent, ne répond généralement pas d'abord et avant tout à des objectifs environnementaux. Premièrement, les avantages monétaires sont plutôt des instruments de relations publiques que des investissements dans la conservation. Deuxièmement, les avantages non monétaires intègrent les fournisseurs aux industries biotechnologiques mais offrent peu d'outils pour la conservation. Et troisièmement, les accords de bioprospection assurent aux

100. C. Aubertin et F.-D. Vivien, *Les Enjeux de la biodiversité*, Paris, Economica, 1998 à la p. 62.

101. W. Reid, «Gene co-ops ...», *supra* note 66 à la p. 76; *Addressing the Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of Genetic Resources: Options for Assistance to Developing Country Parties to the Convention on Biological Diversity* (UNEP/CBD/COP/4/22), 9 février 1998 à la p. 3.

102. I. Walden, *supra* note 15 à la p. 186; K. T. Kate, *supra* note 15 aux pp. 10-11.

utilisateurs un meilleur accès aux ressources, mais limitent la possibilité pour les fournisseurs de conclure de nouveaux accords avec d'autres utilisateurs.

Un rapport du Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* a timidement reconnu que les accords de bioprospection ne contribuent pas nécessairement à la conservation : «Les stimulants actuels destinés aux participants à l'intérieur des accords contractuels n'auront pas nécessairement pour résultat que l'exécution des accords répondra aux prescriptions de la Convention et permettra d'atteindre ses objectifs [...]»¹⁰³. Cette prise de conscience a conduit les parties à la Convention à adopter, en avril 2002, les *Lignes directrices de Bonn* sur l'accès aux ressources génétiques et sur le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.

Les *Lignes directrices de Bonn* prévoient des dispositions intéressantes mais insuffisantes. En ce sens, les parties à la Convention les considèrent elles-mêmes comme le premier pas d'un processus évolutif¹⁰⁴. Pour les étapes subséquentes, les *Lignes directrices* pourraient être rendues obligatoires ou, à tout le moins, être associées à une certification. Lors du Sommet de Johannesburg sur le développement durable, plusieurs organisations environnementales ont vainement espéré que le plan d'action utiliserait le concept «d'accord contraignant» et non celui, beaucoup plus vague, de «régime international» comme cadre d'action privilégié pour poursuivre la promotion du partage des avantages¹⁰⁵. Néanmoins, le plan d'action résultant du Sommet de Johannesburg reconnu l'importance d'intégrer plus efficacement les trois objectifs de la convention et demanda aux signataires de faire la promotion des *Lignes directrices de Bonn*¹⁰⁶.

103. *Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing: Legislation, Administrative and Policy Information* (UNEP/CBD/COP/2/13), 6 octobre 1995 à la p. 10.

104. Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique*. Para. 6 de la décision VI/24.

105. Para. 42(o) du *Plan d'action du Sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable*.

106. Para. 42 du *Plan d'action du Sommet mondial de Johannesburg sur le développement durable*.

En attendant que les *Lignes directrices* deviennent un cadre contraignant, elles devraient être amendées pour pallier certaines lacunes et imprécisions. Dans cette optique, nous avons souligné l'importance :

- des avantages monétaires initiaux,
- du choix d'un bénéficiaire pouvant investir dans la conservation,
- de la prédétermination de l'utilisation des avantages,
- du transfert de technologies pouvant servir à la conservation,
- du statut de fournisseur prioritaire,
- de l'incapacité à transférer les ressources à des tiers et
- du renoncement à déposer des brevets sur le matériel génétique.

Non seulement la structure du marché des ressources génétiques est défavorable pour les fournisseurs, mais ceux-ci n'ont souvent pas les ressources techniques et juridiques pour négocier à leur avantage des accords de bioprospection¹⁰⁷. Une intervention économique sur le marché des ressources génétiques serait insuffisante pour assurer un meilleur partage des avantages. Il faut également tenter d'influencer les modalités qualitatives négociées entre les fournisseurs et les utilisateurs. Dans cette optique, la proposition de William Lesser et Anatole Krattiger de créer une organisation internationale conciliatrice pour négocier les contrats, pour équilibrer les forces de négociation entre les fournisseurs et les utilisateurs et pour intervenir à la fois sur le marché et sur les modalités prévues dans les accords nous semble intéressante¹⁰⁸. Cette organisation, qui pourrait être chapeautée par le Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique*, pourrait être la pierre angulaire du régime international du partage des avantages que le *Plan d'action de Johannesburg* appelle à créer.

107. P. Mooney, *supra* note 71 aux pp. 39-43; S. Laird, «Contracts for Biodiversity Prospecting» dans Reid *et al.*, *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, USA, WRI, Costa Rica, INBio, USA, Rainforest Alliance, Kenya, ACTS, 1993 à la p. 100.

108. W. H. Lesser et A. F. Krattiger, «Marketing Genetic Technologies in South-North and South-South Exchanges : The Proposed Role of a New Facilitating Organization» dans A. Krattiger *et al.*, dir., *Widening Perspectives on Biodiversity*, Gland, IUCN, 1994 aux pp. 291-04; Voir aussi P. Drahos, «Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy : Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?», *Opinion*, vol. 22, n° 6 (2000) aux pp. 245-50.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA XÉNOTRANSPLANTATION : AU COEUR D'UN DILEMME

Auteur(s) : Catherine RÉGIS

Revue : RDUS, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : 345-372

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12288>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12288>

Page vide laissée intentionnellement.

LA XÉNOTRANSPLANTATION : AU COEUR D'UN DILEMME

par Catherine RÉGIS*

L'important problème de la pénurie d'organes a mené à l'émergence de pistes de solutions dont celle que représente la xénotransplantation. Dans un premier temps, l'auteur analyse les conditions préalables à un aval relativement à la xénotransplantation, soit un rapport risques/bienfaits et l'obtention d'un consentement libre et éclairé des receveurs et même de certains membres de leurs entourages. Dans un deuxième temps, advenant l'acceptation de la xénotransplantation et considérant les risques qui peuvent y être associés, l'application de certaines mesures afin d'assurer l'intégrité du programme de suivi ainsi que la protection des individus apparaissent nécessaires bien qu'elles puissent impliquer des atteintes à certains droits fondamentaux.

A serious lack of donor organs has led to the emergence of several alternative solutions to this problem including xenotransplantation. The article analyzes the conditions which must be met prior to attempting xenotransplantation, which include an acceptable risks/benefits ratio and the informed consent not only of the potential recipient but also of certain persons in the recipient's immediate circle. If xenotransplantation is approved, due to its inherent risks, certain measures then have to be put in place in order to ensure adequate post-operative follow-up as well as the protection of others even though these measures may entail the breaching of certain fundamental rights.

*. Avocate, candidate à la maîtrise en droit à l'Université de Sherbrooke, agente de recherche pour le Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteure. L'auteure tient à remercier la professeure Suzanne Philips-Nootens pour ses précieux commentaires.

SOMMAIRE

Introduction	347
A) Des conditions préalables à tout aval	349
1. L'évaluation des risques et des bienfaits	349
a. Les principaux enjeux	349
b. Le rapport risques/bienfaits	352
2. Le consentement libre et éclairé	357
a. Le sujet	358
b. Les «sujets par ricochet»	359
B) Des risques inconnus de la xénotransplantation : la justification de mesures particulières quant au suivi?	362
1. Les entraves prévisibles à certains droits fondamentaux	363
a. L'entorse au principe du retrait	363
b. La vie privée et la libre circulation	364
2. Le cas de l'individu récalcitrant	366
a. L'engagement contractuel : l'approche individuelle	367
b. Les mesures coercitives : l'approche sociétale	369
Conclusion	371

*La nature ne pouvait prendre
de plus grand risque qu'en
laissant naître l'homme.*

Laurent Giroux

Introduction

À l'heure actuelle, le principal obstacle à la transplantation est la pénurie d'organes. À l'échelle mondiale, quelque 150 000 personnes patientent¹, n'ayant guère d'autres choix, sur des listes d'attente qui n'en finissent plus de s'allonger. Au Canada, cette triste réalité touche près de 3 700 personnes. Pour plusieurs, cette attente sera vaine². En dépit des maintes tentatives de certains gouvernements pour pallier cette pénurie³, le problème demeure et il devient évident que l'allotransplantation ne peut combler à elle seule le fossé créé.

Dès lors, la course à de nouvelles avenues est ouverte. Dans cette course, on assiste à l'émergence de l'option que représente la xénotransplantation. Celle-ci consiste à greffer ou transplanter des cellules, des tissus ou des organes vivants d'une espèce à une autre. Par exemple, le fait de transplanter un rein de porc sur un être humain. Pure «Chimère»⁴? L'histoire nous démontre pourtant que l'homme y a cru à plusieurs reprises depuis près d'un siècle. L'une des premières expériences remonte à l'année 1910 où l'on a tenté la greffe d'un rein

-
1. «Le porc est-il le devenir de l'homme?» *Le Soir Magazine*, n° 3536 (29 mars 2000), en ligne : Le soir Magazine <<http://www.soirillustré.be/3536cochon.html>> (date d'accès : 18 février 2001).
 2. En 2000, 1 882 transplantations d'organes ont été effectuées au Canada, ce qui représente environ la moitié des personnes en attente. En outre, au cours de l'année 2000, 147 personnes sont décédées dans l'attente d'une greffe d'organe. Pour de plus amples informations à cet égard, consulter le Site canadien d'information sur le don d'organes et de tissus de Santé Canada, en ligne : <<http://www.hc-sc.gc.ca/francais/organeset Tissus/faqs>> (date d'accès : 23 juillet 2002).
 3. Pensons notamment aux politiques de «don présumé» où les individus sont présumés vouloir donner leurs organes advenant le décès. Dans le cas contraire, ceux-ci doivent signifier leur désir de s'exclure de ce programme.
 4. La Chimère : monstre fabuleux, ayant la tête et le poitrail d'un lion, le ventre d'une chèvre et la queue d'un dragon. En outre, la mythologie regorge de créatures mi-humaines, mi-animales telles que Minotaure et les sirènes.

de singe. Certes, les malheureux deux jours de survie qui s'en sont suivis indiquent bien la précocité de la technique. De multiples autres expériences ont, depuis lors, été tentées mais toujours avec des résultats peu fructueux⁵. Malgré le désintérêt progressif des divers acteurs suscité par les nombreux échecs, on constate aujourd'hui un regain d'attention en la matière.

Cette recrudescence résulte de deux événements importants : une meilleure connaissance des phénomènes de rejet et la création d'animaux transgéniques, génétiquement prêts à servir de donneurs d'organes aux humains⁶. Pour diverses raisons, les chercheurs s'entendent quant au choix du porc à titre de donneur potentiel. Ceux-ci allèguent notamment la taille similaire des organes, la courte période de gestation, la grande disponibilité du porc et les faibles coûts y afférents⁷.

Quoi qu'il en soit, le Canada n'entend pas être mis à l'écart dans le débat entourant la xénotransplantation et a déjà pris l'initiative d'engager une vaste consultation d'ordre national sur le sujet⁸. En effet, en vertu de son pouvoir

-
5. Notamment, la tentative de greffer un cœur de babouin sur une fillette de 8 jours avait soulevé tout un tollé au sein de la population américaine – menant à un moratoire de facto de près de 8 ans – et ce, en raison du caractère extrêmement expérimental de la technique. La fillette était alors décédée dans les quelques semaines qui suivirent la greffe. Voir notamment, C. Chastel, «Xénotransplantation et risque vital» *Virologie* 2:5 (Septembre-Octobre 1998) 385.
 6. Même si le présent texte n'aborde pas les aspects relatifs aux droits des animaux en matière de xénotransplantation, on peut d'ores et déjà se demander s'il est éthiquement acceptable de modifier génétiquement des animaux pour les besoins de l'homme. À notre avis, la xénotransplantation s'inscrit dans ce courant d'«éthique technicienne dominante» qui présente l'homme comme détaché de la nature et ayant plus de valeur qu'elle et, conséquemment, lui permettant de la soumettre à son propre intérêt. Voir l'excellent texte : G. Bourgeault, «L'émergence d'une éthique nouvelle» dans R. Côté et G. Rocher, dir., *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Thémis, 1999, aux pp. 335-360.
 7. En outre, l'utilisation des primates non humains pose de nombreux problèmes éthiques en raison de leur plus grande ressemblance à l'espèce humaine.
 8. Il est maintenant possible d'obtenir le rapport faisant état de la consultation publique sur la xénotransplantation : Association canadienne de santé publique, *La transplantation de l'animal à l'humain : le Canada doit-il donner son feu vert?*, Ottawa, Association canadienne de santé publique, 2001. Au titre des recommandations émises à la suite de la consultation figurait celle que le Canada n'autorise pas pour l'instant la xénotransplantation sur des êtres humains étant donné que subsistent des questions critiques qu'il faut au préalable résoudre.

d'intervenir sur les questions d'intérêt national⁹, le Canada a jugé bon d'orienter les débats. Cette décision atteste non seulement du sérieux d'une telle proposition, mais également de la nécessité d'une réflexion sur le sujet. Si l'objectif que vise la xénotransplantation est des plus nobles, les questions éthiques et juridiques que cette technique soulève invitent à la vigilance et à l'élaboration de balises.

Dans les pages qui suivent, nous allons tout d'abord traiter des conditions devant précéder l'acceptation de la xénotransplantation tant au niveau individuel que sociétal pour ensuite aborder la question ayant trait à la nécessité d'imposer des mesures particulières quant au suivi.

A) Des conditions préalables à tout aval

1. L'évaluation des risques et des bienfaits

a. Les principaux enjeux

Si la couverture médiatique qui a entouré la xénotransplantation peut laisser penser qu'il s'agit d'une pratique effective et courante à l'heure actuelle, il n'en est pourtant rien. La xénotransplantation est encore loin d'être d'usage dans les standards de la médecine et se trouve toujours au stade expérimental. De nombreuses recherches restent à faire avant de pouvoir recourir à ce type de greffe sur une base régulière. D'ailleurs, à l'heure actuelle, la légitimité de la xénotransplantation n'est pas reconnue au Canada de même que dans plusieurs autres pays industrialisés. Au pays, les seules études effectuées en cette matière se font sur des animaux et aucune parmi celles-ci n'est rendue au stade des essais cliniques impliquant des sujets humains. Toutefois, étant donné le marché que représente la xénogreffe – évalué à près de 6 milliards de dollars¹⁰ – on comprend que certaines industries puissent presser le pas ...

9. Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

10. France, Comité consultatif national d'éthique, *Avis sur l'éthique et la xénotransplantation*, 11 juin 1999, n° 61 à la p. 13 en ligne : <http://www.ccne-ethique.org/francais/avis/a_061.htm> (date d'accès : 11 janvier 2001).

L'expérimentation médicale a joué, et joue toujours, un rôle fort important dans notre société et son apport ne saurait être dénié. À titre d'exemple, pensons aux premières allogreffes qui furent un temps qualifiées de pure folie médicale et qui sont maintenant bien ancrées dans la pratique médicale. Cette technique permet aujourd'hui de sauver des milliers de vies chaque année. Néanmoins, si glorieuse soit-elle, l'expérimentation ne saurait être conduite au détriment des droits fondamentaux des individus dont celui du respect de la dignité humaine. À cet égard, soulignons les propos de l'*Énoncé de politique des trois conseils* : «[i]l est inacceptable de traiter autrui uniquement comme un moyen (comme un simple objet ou une chose), car ce comportement ne respecte pas la dignité intrinsèque de la personne et appauvrit en conséquence l'ensemble de l'humanité»¹¹.

Nul doute que la possibilité de mettre fin à la pénurie d'organes représente un attrait majeur plaçant en faveur du développement de la xénotransplantation. Toutefois, à l'opposé du spectre se trouve le risque d'une pandémie pouvant affecter la population. À l'heure actuelle, les données épidémiologiques ne permettent pas d'évaluer concrètement ce risque. Toutefois, les scientifiques admettent cette possibilité et celle-ci a été jugée suffisamment sérieuse pour avoir justifié l'imposition d'un moratoire dans certains pays¹². L'inquiétude de la communauté scientifique provient davantage des risques inconnus que des risques connus. En effet, les risques inconnus peuvent se manifester seulement après plusieurs années sans qu'il soit possible actuellement d'en prévoir l'ampleur ainsi que le développement. Il est

-
11. Conseil de recherches médicales de Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada [ci-après, les trois Conseils], *Éthique de la recherche avec des êtres humains, Énoncé de politique des trois Conseils*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1998, à la p. i.5 [ci-après *Énoncé des trois Conseils*].
 12. En Grande-Bretagne, un moratoire sur les essais cliniques a été instauré en janvier 1997 bien qu'il soit maintenant possible de soumettre des essais cliniques à l'examen du United Kingdom Xenotransplantation Interim Regulatory Authority. Mentionnons aussi que l'Assemblée des parlementaires du Conseil de l'Europe a demandé en janvier 1999 un moratoire sur la xénotransplantation : voir Canada, Santé Canada, Xénotransplantation, en ligne : Santé Canada <www.hc-sc.gc.ca/hpfb-dgpsa/bgpsa/bgtd-dpbtg/xeno_fact_f.html> (date d'accès : 21 juillet 2003). Aux États-Unis, le chercheur F.H. Bach a fortement milité en faveur de l'imposition d'un moratoire, voir infra note 45. Un moratoire de facto sur les essais cliniques a effectivement existé pendant quelques années, voir *supra* note 5.

également possible qu'un virus inoffensif pour une espèce devienne fatal pour une autre : «notre savoir prévisionnel demeure en deçà de notre savoir technique qui confère sa puissance à notre action»¹³. Ces risques d'une ampleur considérable amènent ceci de particulier : le sujet de recherche n'est plus le seul qui encourt les risques. Déjà, l'importance du dilemme que soulève la xénotransplantation se laisse pressentir...

Ensuite, les normes juridiques, déontologiques et éthiques composent un bassin complexe hautement caractéristique du domaine de l'expérimentation. C'est l'ensemble de ces normes qui devront guider toute évaluation des pratiques expérimentales biomédicales¹⁴. L'examen des balises et le constat des lacunes doivent se faire avant tout aval en ce domaine puisque la révision des cadres normatifs posera davantage problème dès lors que le processus de xénotransplantation sera enclenché et, partant, les attentes créées. Une méconnaissance des enjeux posés par cette pratique peut amener à un acquiescement trop rapide, étant entendu que nul ne saurait dénier l'importance du problème auquel elle répond : «[s]i naïfs en effet sont les hommes, et si soumis aux nécessités présentes, qu'un trompeur trouvera toujours qui se laissera tromper»¹⁵.

13. H. Jonas, *Le Principe de Responsabilité. Essai d'une éthique pour la civilisation technologique*, trad. par J. Greisch, coll. Passages, Éditions du Cerf, 1990, à la p. 26.

14. Par exemple, les repères éthiques et normatifs suivants pourront être consultés : «Déclaration d'Helsinki, Recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches biomédicales portant sur l'être humain», reproduite dans Organisation mondiale de la santé et Conseil des Organisations internationales des Sciences médicales, *Directives internationales proposées pour la recherche biomédicale impliquant des sujets humains*, Genève, CIOMS, 1982, ainsi que dans Conseil de recherches médicales du Canada, *La déontologie de l'expérimentation chez l'humain*, Ottawa, 1978, aux pp. 61-64. La version originale est également citée en annexe de l'ouvrage de M.-L. Delfosse, *L'expérimentation médicale sur l'être humain*, Bruxelles, ERPI, 1993, à la p. 302 (annexe 5) ; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. c-12 [ci-après *Charte québécoise*] ; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après *Charte canadienne*] ; *Code civil du Québec*.

15. *Le Prince*, traduction de Gérard Luciani, Folio Bilingue, Gallimard, Paris, 1989, à la p. 223-5.

b. Le rapport risques/bienfaits

D'ores et déjà, on peut se demander si la xénotransplantation passe positivement l'analyse de proportionnalité : les risques sont-ils proportionnés aux bienfaits? À cet effet, le *Code civil du Québec* indique clairement, en ce qui a trait aux personnes majeures, que celles-ci peuvent se soumettre à une expérimentation «pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer»¹⁶. Dans le cas contraire, le bien-fondé de cette pratique apparaît fort douteux. En effet, en matière de recherche sur les sujets humains, l'équilibre et la répartition des avantages et des inconvénients sont des principes qui ne sauraient souffrir d'exception¹⁷. Cet exercice de proportionnalité – étant posé à titre de condition de validité à l'acte – confirme la préséance du droit à l'intégrité¹⁸ sur le droit à l'autonomie¹⁹.

Regardons tout d'abord le concept du risque. Celui-ci est une notion multidimensionnelle qui doit être évaluée en fonction des faits propres à chaque situation. À cet effet, les paramètres suivants doivent être pris en compte : la nature durable ou passagère des risques ou des torts²⁰, la probabilité de leur survenance et leur ampleur²¹. Il peut être d'ordre physique, psychologique,

-
16. Art. 20 C.c.Q. Le législateur est d'autant plus stricte quant aux mineurs ou aux majeurs inaptes, voir art. 21 C.c.Q. Le souci de protéger les personnes plus vulnérables en matière de recherche est très présent et ce, tant au niveau juridique qu'éthique. En outre, dans son *Avis sur l'Éthique et la xénotransplantation*, supra note 10 à la p. 8, le Comité Consultatif National d'Éthique suggère d'exclure les enfants et les personnes non conscientes pendant la phase clinique expérimentale. Néanmoins, aux fins du présent travail, nous prendrons pour acquis qu'il s'agit d'un sujet apte et majeur.
 17. Voir notamment l'*Énoncé des trois Conseils*, supra note 11, à la p. i.6 ; R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins, Le regard du législateur et les tribunaux civils*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1999 à la p. 449.
 18. Art. 7 *Charte canadienne*; art. 1, 2 *Charte québécoise*.
 19. Art. 2,6, 7 *Charte canadienne* ; art. 1, 3 *Charte québécoise* ; voir É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2002 à la p. 143.
 20. J.-L. Baudouin, «Les expériences biomédicales humaines : modèles et modalités des systèmes actuels de garantie des droits de la personne» dans J. Iliopoulos-Strangas, *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1988, 62, à la p. 75.
 21. Voir C. Weijer, «L'analyse des risques et des avantages éventuels dans la recherche», en ligne : Conseil national d'éthique en recherche chez l'humain <http://ncehr-cnerh.org/francais/communiqu4_5/analyse.html> (date d'accès : 23 février 2001) ;

social ou économique²². Ainsi, à l'étape de l'évaluation du risque, les parties impliquées devront explorer l'ensemble de ces données.

En revanche, en ce qui a trait aux bienfaits ou aux avantages, ceux-ci visent surtout l'ampleur d'un résultat positif, sans qu'il soit nécessairement question de probabilité²³. En outre, ils ne sont pas uniquement liés à l'aspect purement physique. Il est reconnu que les bienfaits psychologiques ou moraux – dont le geste altruiste – peuvent représenter un bénéfice pour le sujet de recherche.

Mais qui risque quoi en matière de xénotransplantation? D'emblée, mentionnons que les risques et inconvénients peuvent être fort importants pour le sujet pressenti. Pour n'en nommer que quelques-uns, soulignons la gravité des effets secondaires des immunosuppresseurs²⁴, le risque d'infections résultant, notamment, des pathogènes porcins²⁵, la gravité possible de telles infections, les atteintes prévisibles à la vie privée²⁶, la possibilité de stigmatisation sociale résultant de la crainte du public à l'égard de ces sujets et nous pouvons également penser à la possibilité qu'a le patient d'infecter des êtres qui lui sont chers, ce qui représente pour lui un risque psychologique.

Quant aux bienfaits prévisibles pour le sujet, et ce en prenant pour acquis que la xénotransplantation se trouve à un stade suffisamment avancé pour pouvoir en espérer un quelconque bénéfice – ce qui est loin d'être tenu pour

Commission de Réforme du Droit du Canada, *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain*, document de travail n. 61, Ottawa, 1989 à la p. 3 ; J.-L. Baudouin, *supra* note 20.

22. Voir notamment R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 17 aux pp. 500-502 ; Conseil de recherches médicales du Canada, *Lignes directrices concernant la recherche sur les sujets humains*, 2^e éd., Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1987 à la p. 7.

23. Voir C. Weijer *supra* note 21 à la p. 2.

24. L'Émission Enjeux en date du 2 février 2001 mentionnait qu'une personne sur dix ayant reçu une greffe décédait à la suite des effets secondaires des médicaments anti-rejet. On peut présumer que ces mêmes proportions pourraient minimalement s'appliquer pour les xénogreffes.

25. Voir notamment R. Weiss, «Rétrovirus endogènes du porc», Forum national sur la xénotransplantation, Ottawa, 6 et 7 novembre 1997, en ligne : Santé Canada <[http : www.hc-sc.gc.ca/hpb-dgps/therapeut/zfiles/french/btpx/reports/frmrptx_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hpb-dgps/therapeut/zfiles/french/btpx/reports/frmrptx_f.html)> (date d'accès : 11 janvier 2001).

26. Voir la partie B. 1., ci-dessous, pour une discussion plus approfondie de cette question.

avéré à l'heure actuelle –, la possibilité de sauver la vie du sujet tout en améliorant sa qualité de vie représente, à n'en pas douter, un avantage extrêmement important.

Ainsi, à l'étape de l'analyse du rapport risques/bienfaits, l'importance de l'avantage qui est susceptible d'en résulter pour l'individu est telle qu'elle fait fortement pencher la balance en faveur d'une appréciation positive dudit rapport. En effet, l'issue fatale de la maladie des sujets candidats à la xénogreffe encouragera la prise de risques considérables.

De surcroît, à notre avis, la xénotransplantation ne représente pas une expérimentation qui sera uniquement réalisée dans l'optique d'améliorer les connaissances de la science. Cette considération est importante puisqu'elle sera susceptible d'influencer le degré de risques acceptables pour un sujet de recherche. En effet, dès lors que l'individu peut espérer un bénéfice personnel à la suite de l'expérimentation, un risque plus grand devient acceptable²⁷.

À cet égard, d'aucuns distinguent l'expérimentation en trois types d'intervention : les soins innovateurs, la thérapie expérimentale et l'expérimentation²⁸. Les auteurs Kouri et Nootens estiment que l'expérimentation comporte comme objectif principal l'avancement des connaissances scientifiques et le sujet accepte d'y participer dans l'intérêt d'autrui²⁹. D'un autre côté, au niveau de la thérapie expérimentale, l'individu – d'un point de vue objectif – peut raisonnablement en espérer un bienfait personnel même si cela peut avoir également pour effet d'améliorer les connaissances scientifiques. Notons que la catégorie des soins innovateurs nous semble écartée d'emblée en matière de xénotransplantation étant donné que celle-ci vise les pratiques principalement centrées sur le patient. Nous pensons

27. *Supra* note 20 à la p. 75.

28. Notons que cette distinction joue également un rôle important à l'étape de l'analyse du rapport risques/bienfaits lorsque l'expérimentation vise un mineur ou un majeur inapte : art. 21 C.c.Q. Par ailleurs, l'interprétation de ces notions ne fait pas l'unanimité. Voir É. Deleury et D. Goubau *supra* note 19 à la p. 146. Voir notamment la discussion sur les soins innovateurs.

29. R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, « "L'expérimentation" et les "soins innovateurs" : l'article 21 C.c.Q. et les affres de l'imprécision », (1996-97) 27 R.D.U.S. 89.

que la xénotransplantation relève davantage de la thérapie expérimentale étant donné, certes, le bienfait potentiel direct (d'ailleurs fort important) que peut en espérer le sujet mais, surtout, l'importance concomitante de l'acquisition de connaissances considérant l'état actuel de la science en cette matière.

Ainsi, de par l'importance du bénéfice que la xénotransplantation est susceptible d'apporter au sujet, et ce même si les risques demeurent très importants, il nous semble probable que l'exercice de proportionnalité s'avérerait, plus souvent qu'autrement, positif.

Toutefois, tel que mentionné précédemment, la particularité de la xénotransplantation réside en ce qu'elle risque d'affecter des «sujets par ricochet», c'est-à-dire que les risques ne concernent pas uniquement l'individu nécessitant la greffe, mais également ses proches, le personnel soignant et, ultimement, la population en général. En effet, le risque de propagation d'agents infectieux est intrinsèquement lié à la xénotransplantation. Fortement ébranlées par la maladie de la «vache folle» et le sida³⁰, tant la communauté scientifique que la population demeurent sensibles à une telle éventualité.

Le Conseil de recherches médicales du Canada définit le sujet de recherche comme étant un être humain qui assume directement le risque de la recherche³¹. Conséquemment, si on admet la possibilité que certains risques puissent affecter d'autres personnes que le sujet bénéficiant de la xéno greffe, est-ce à dire que ces personnes deviennent des sujets à part entière? Même si la réponse à cette question ne s'impose pas d'emblée, considérons néanmoins le rapport risques/bénéfices quant à ces «sujets par ricochet».

Ayant préalablement admis que l'altruisme puisse être considéré à titre de bienfait (moral), les proches et la société pourraient effectivement retirer certains bénéfices à la suite de la xénotransplantation. La xéno greffe permettrait aux proches d'éviter la perte à court terme d'un être cher et la société toute entière aurait la satisfaction d'avoir posé un geste altruiste en acceptant de prendre des risques pour le bénéfice de certaines personnes malades tout en

30. Selon certains scientifiques, le sida proviendrait d'un virus présent chez le singe (VIS) mais qui n'aurait aucune conséquence pour cette espèce.

31. Conseil de recherches médicales du Canada, *supra* note 22 à la p. 7.

contribuant, ultimement, à mettre fin à la pénurie d'organes. Mais «[c]haque un veut mourir pour le prince quand la mort est lointaine»³²! En outre, on peut considérer à titre d'avantage potentiel la possibilité pour toutes ces personnes de bénéficier un jour elles-mêmes de cette avancée technologique. Néanmoins, la difficulté de juger de l'importance d'un tel bienfait apparaît évidente puisque son appréciation est susceptible de varier considérablement d'un individu à l'autre.

Quant aux risques, la difficulté d'en évaluer la portée est considérable. Par ailleurs, la communauté scientifique s'entend pour dire que les risques de transmission d'agents infectieux susceptibles de se répandre dans la population sont très faibles. Toutefois, si un tel risque se réalisait, il serait catastrophique. Bref, le risque est peu probable, mais d'une ampleur considérable.

À cet égard, Margaret A. Clark mentionnait que tous les animaux peuvent transmettre des maladies à l'homme – pensons notamment à la rage – et ce, depuis toujours. La vraie question en matière de xénotransplantation est donc de savoir si certaines maladies peuvent spécifiquement être transmises de cette façon. Alors, on peut considérer que la xénotransplantation implique une augmentation des risques³³. Relevant davantage du domaine scientifique, cette question semble néanmoins trouver une réponse affirmative. Pourra-t-on savoir dans quelle proportion la xénotransplantation augmente les risques de transmission de telles infections? Nous doutons fortement de la possibilité d'obtenir une réponse précise à cette question. Pourtant, s'il advenait que certains chercheurs soient poursuivis en justice, cette donnée pourrait avoir une incidence au niveau de la responsabilité civile³⁴.

32. *Supra* note 15 à la p.141.

33. M. Clark, «This Little Piggy Went to Market : the Xenotransplantation and Xenozoonose Debate» (1999) 27 J.L. Med. & Ethics 137.

34. Notons que celui qui se livre à l'expérimentation, ou l'établissement dont il dépend, peut engager sa responsabilité civile si le sujet subit un dommage et si une faute de l'expérimentateur peut être établie. Toutefois, il n'y aura pas de réparation lorsqu'il ne sera pas possible pour le plaignant de démontrer que le dommage est une suite de l'expérimentation ou qu'il s'agit bien de la conséquence directe de celle-ci, voir : A. Lajoie, P. Molinari et J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 à la p. 367. Bref, de tels éléments peuvent influencer l'appréciation des dommages en responsabilité civile.

Somme toute, la question de savoir si ces victimes éventuelles doivent être considérées à l'occasion du rapport risques/bienfaits reste, pour des raisons très prosaïques, équivoque. Néanmoins, si tel était le cas – ce qui pourrait par ailleurs être souhaitable – nous doutons de l'issue positive d'une telle analyse. Ces considérations devraient faire l'objet de discussions préalablement à tout aval en matière de xénotransplantation puisque agir autrement reviendrait à faire l'exercice de la légitimité de la xénotransplantation après avoir entamé une telle pratique.

À la lumière de ce qui a été mentionné précédemment, les questionnements suivants peuvent être soulevés : Est-il acceptable, pour le bénéfice de certains individus, de faire encourir des risques, même peu probables, à l'ensemble de la population? Combien de risques représentent trop de risques et qui décidera de cette question? Avons-nous le droit de prendre de tels risques alors que nous aurions tous les moyens de les éviter? Est-ce que la possibilité de mettre fin à la pénurie d'organes justifie la prise d'un risque de pandémie et ce, même s'il est faible?

Une fois l'analyse de proportionnalité des risques et des bienfaits réalisée, si celle-ci s'avère positive, une autre étape sera nécessaire : il s'agit de l'obtention du consentement libre et éclairé du sujet.

2. Le consentement libre et éclairé

Toute recherche impliquant des sujets humains ne devrait débiter qu'après l'obtention d'un consentement libre et éclairé des sujets pressentis. Cette obligation éthique³⁵ et juridique³⁶ a pour corollaire le droit à l'information. La démarche visant à obtenir un tel consentement nécessite l'établissement d'un espace propice au dialogue entre le sujet et le chercheur ainsi qu'une divulgation franche de toutes les informations susceptibles d'influencer l'obtention du consentement. En matière d'expérimentation – et ceci s'applique également à la thérapie expérimentale – le privilège thérapeutique du médecin permettant de

35. *Supra* note 11, section 2.

36. Art. 10 et ss. C.c.Q.

cache certaines informations au patient ne saurait trouver application³⁷. De plus, la xénotransplantation ne comporte aucun impératif scientifique pouvant justifier une quelconque dissimulation d'information au sujet pressenti³⁸. La décision *Weiss c. Solomon*³⁹ qui relevait de l'expérimentation pure a d'ailleurs indiqué qu'en matière de divulgation de l'information, la norme la plus élevée possible doit être respectée et, conséquemment, le sujet de recherche doit être informé des risques possibles, même les plus minimes.

Ceci précisé, voyons les implications d'un consentement libre et éclairé auprès des personnes susceptibles d'être impliquées à l'occasion d'une xénogreffe.

a. Le sujet

En matière de xénotransplantation, l'obtention d'un consentement libre et éclairé de la part du receveur est un sujet fort complexe. Tel que mentionné précédemment, la possible latence de certains risques, inconnus à l'heure actuelle, laisse planer une incertitude qui invite à un suivi précautionneux des divers acteurs. Conséquemment, le sujet pourrait être astreint à suivre un programme de surveillance des plus contraignants. Notamment, le programme de surveillance pourrait imposer divers prélèvements à la suite de la xénogreffe afin de détecter des agents infectieux potentiels. De même, le patient devrait notifier aux chercheurs tout renseignement pouvant permettre un repérage rapide tant de lui-même que de certaines personnes parmi son entourage qui sont à risque de contamination : parents, conjoints, partenaires sexuels, enfants, etc. Ce fait devra être divulgué aux sujets pressentis à titre d'information essentielle à l'obtention d'un consentement libre et éclairé. D'ailleurs, le choix des candidats à la xénogreffe devrait se faire en fonction de la probabilité d'observance des

37. Voir notamment R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 17 à la p. 454 ; D. N. Weisstub et S. N. Verdun-Jones, « Pour une distinction entre l'expérimentation thérapeutique et l'expérimentation non thérapeutique », (1996-1997) 27 R.D.U.S. 49 à la p. 54.

38. La xénotransplantation ne comporte pas d'expérience en aveugle ou en double aveugle.

39. *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.).

sujets audit programme. Quoi qu'il en soit, la présence de risques inconnus et imprévisibles devra également être signalée au sujet⁴⁰.

Le document produit par le gouvernement canadien intitulé *Proposition d'une norme canadienne pour la xénotransplantation*⁴¹ indique qu'à l'occasion de l'obtention du consentement libre et éclairé des candidats à la xénogreffe, les renseignements suivants devraient être divulgués : l'état actuel de la xénotransplantation, les difficultés potentielles qui y sont reliées (immunologiques et physiologiques), les risques d'infection – connus et inconnus –, les informations pertinentes relativement aux cas expérimentaux antérieurs, les méthodes de «monitorage» impliquant probablement un contrôle à vie, la possibilité de mise en quarantaine, les traitements alternatifs et les conséquences psychologiques et sociales. En outre, les receveurs de xénogreffes ne devront plus avoir de relations sexuelles non protégées. Par ailleurs, les individus qui accepteront de recevoir une xénogreffe ne devraient pas être pénalisés quant à leur chance de recevoir une allogreffe. Il s'agira de garder cette préoccupation à l'esprit tout en ne compromettant pas l'entièreté du processus.

Bref, l'obtention d'un consentement valide en matière de xénotransplantation nécessitera un effort important de la part des chercheurs et impliquera des concessions considérables de la part du sujet. Néanmoins, cette étape demeure assurément essentielle.

b. Les «sujets par ricochet»

Normalement, la personne qui subit les risques dans le cadre d'une recherche doit donner un consentement libre et éclairé. Un tel consentement indique que le sujet a bien compris les différents enjeux afférents à l'expérimentation et qu'il accepte d'y participer en toute connaissance de cause.

40. D. Cowan et E. Bertsch, «Innovative Therapy : The Responsibility of Hospitals» (1984) 5 J. of Legal Medicine, 219 à la p. 234.

41. Canada, Santé Canada, *Proposition d'une norme canadienne pour la xénotransplantation*, ébauche n° 14, juillet 1999, en ligne : <[http :www.hc-sc.gc.ca/hpb-dgps/therapeut/zfiles/french/btpx/reports/frmrptx_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hpb-dgps/therapeut/zfiles/french/btpx/reports/frmrptx_f.html)> (date d'accès : 11 janvier 2001) à la p. 9.

Toutefois, tel que mentionné précédemment, la particularité en matière de xénotransplantation réside en ce que d'autres personnes que le sujet nécessitant la greffe encourent des risques. Dès lors, n'est-il pas logique d'envisager l'obtention d'un consentement libre et éclairé de ces personnes? Serait-il acceptable de faire courir certains risques à des individus qui n'y ont par ailleurs point consenti?

En outre, le programme de surveillance impliquant un «monitorage» possiblement à vie est également susceptible de s'appliquer aux proches de la personne qui a reçu la xénogreffe. Toujours dans l'optique de détecter le plus rapidement possible tout risque d'infection, les proches pourraient devoir fournir, sur une base continue, diverses informations aux chercheurs et, également, subir certains tests tels que des prélèvements sanguins. Cette nécessité d'impliquer les proches du sujet dans un programme de suivi revient fréquemment dans les recommandations des multiples instances ayant pris position relativement à la xénotransplantation. Cette possibilité de participation directe à l'occasion d'un programme de «monitorage» ainsi que l'exposition potentielle à certains risques à la suite de l'expérimentation de la xénogreffe plaident fortement en faveur de l'obtention d'un consentement libre et éclairé de ces personnes.

Toutefois, même si plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une telle avenue⁴², très peu indiquent quels proches exactement devraient faire l'objet d'un consentement préalable. En effet, puisque ce programme de surveillance vise à détecter des maladies éventuelles, s'agit-il de toute personne ayant des contacts physiques, même très sporadiques, avec le receveur? Quels types de contacts physiques peuvent être considérés comme à risque? Partant, que faire si un seul des proches refuse de participer audit programme ou refuse de courir tout risque? Si tel était le cas, le sujet pressenti se verrait-il opposer un refus de participer à la xénogreffe? Autant de questions mais, à l'heure actuelle, peu de réponses. Somme toute, à notre avis, le consentement des proches, selon la définition qui en sera faite, devrait être obtenu. Cela impliquerait toutefois un

42. Voir par exemple, *supra* note 33.

élargissement important des principes éthiques et juridiques reconnus en matière de consentement⁴³.

Dans la même veine, ne devrait-on pas obtenir le consentement de la population puisque celle-ci, ultimement, encourt également un risque? Notons que nous faisons ici référence à l'acceptation sociale de la xénotransplantation par opposition aux cas particuliers qui pourraient survenir. Pour des raisons évidentes, cette question se pose davantage sur le plan théorique que pratique puisque la possibilité d'obtenir un tel consentement apparaît peu probable, d'autant plus que l'alternative consistant à effectuer un référendum semble écartée d'emblée. À tout le moins, les diverses instances concernées devraient faire preuve d'une grande transparence à ce sujet et assurer une diffusion adéquate de l'information tout en permettant à la population de suivre l'évolution de la xénotransplantation. D'ailleurs, le Canada semble abonder en ce sens puisqu'il a déjà jugé utile de mettre sur pied une vaste consultation publique sur la xénotransplantation orchestrée par l'Association canadienne de santé publique⁴⁴. Ajoutons que tant l'Organisation mondiale de la santé (OMS) que le Conseil de l'Europe soulignent la nécessité d'engager un débat public à ce sujet. De plus, l'OMS a mis sur pied un groupe de discussion électronique afin de favoriser les échanges relativement à la xénotransplantation. Bref, la difficulté prévisible liée à l'obtention d'un consentement sociétal n'enlève pas toute obligation des divers acteurs à cet égard et ceux-ci devront garder un souci de transparence et d'information tout au long de leurs démarches en matière de xénotransplantation. De plus, nous estimons qu'advenant une opposition ferme de la population, et ce après l'obtention d'informations adéquates à ce sujet, celle-ci devrait être respectée par les différentes instances. Au Canada, malgré qu'il ne s'agisse pas d'un référendum, il semble qu'une telle opposition ait été manifestée aux termes de la consultation publique sur la xénotransplantation. Si le rapport qui en résulte semble interpréter ce refus davantage sur une base temporaire que définitive, dans l'attente, les décideurs devraient en tenir compte.

43. Notons que l'article 11 du C.c.Q. indique que «[n]ul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examen, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention». Cet article ne vise toutefois que les sujets directs par opposition aux sujets «par ricochet».

44. *Supra* note 8.

Ainsi, nous avons énuméré quelques prémisses nécessaires à tout aval relativement à la xénotransplantation. Nous avons vu que celles-ci visent tant les sujets pressentis que les proches et, ultimement, la population. Voyons maintenant dans un deuxième temps la possibilité d'application de certaines mesures particulières, dès lors que la xénotransplantation deviendra une pratique effective.

B) Des risques inconnus de la xénotransplantation : la justification de mesures particulières quant au suivi?

La présence de risques impossibles à juguler et potentiellement très lourds de conséquences a suscité de nombreuses discussions et ce, tant de la part des scientifiques, des éthiciens, des juristes que de la population. Certes, un risque de pandémie ne doit pas être pris à la légère. Toutefois, le sachant, quelle attitude devrions-nous adopter? Deux possibilités s'offrent à nous : choisir de ne tolérer aucun risque ou accepter la présence de certains risques tout en essayant d'en effectuer une gestion rigoureuse. La première avenue nous apparaît trop sévère et il est fort à parier qu'elle ne serait pas acceptée par toutes les instances concernées. De ce fait, puisque les risques que fait encourir la xénotransplantation ne se limitent pas aux frontières de chaque pays, il pourrait être judicieux, dès maintenant, de se pencher sur la deuxième option afin d'en évaluer adéquatement les implications. Cependant : «It is not candid to talk about managing risks when nobody knows what all the risks are⁴⁵».

Ayant à l'esprit ces préoccupations, nous allons tout d'abord regarder les entorses prévisibles susceptibles d'en résulter au niveau des droits fondamentaux pour ensuite examiner la situation de l'individu récalcitrant, soit celui qui refuserait de respecter les conditions du programme de surveillance à la suite d'une xénogreffe.

45. *Supra* note 33, voir le texte correspondant à la note 51. L'auteure se base sur les propos de F. Bach, chercheur en transplantation, dans F.H. Bach *et al.*, «Uncertainty in Xenotransplantation : Individual Benefit Versus Collective Risk» (1998) 4 *Nature Medicine* 141.

1. Les entraves prévisibles à certains droits fondamentaux

Une politique adéquate de gestion des risques dans les circonstances passe nécessairement par l'instauration d'un programme de surveillance – «monitorage» – à la suite de toute xénogreffe. À cet égard, nous référons le lecteur à nos propos précédemment émis. Nous avons déjà indiqué qu'un tel programme de suivi pourrait impliquer un contrôle à vie, notamment par le biais de rencontres périodiques ainsi que divers prélèvements et examens de nature médicale. En outre, nous avons souligné la nécessité d'appliquer un tel programme aux proches du sujet. Néanmoins, le recours à de telles mesures de surveillance laisse entrevoir des atteintes à certains droits fondamentaux. Il nous semble toutefois avisé de considérer la xénotransplantation davantage sous l'angle des conséquences potentielles – notamment en raison de leur gravité – plutôt qu'en vertu d'une série de principes sans tenir compte des conséquences. Dès lors, certaines entraves deviennent envisageables.

a. L'entorse au principe du retrait

Il est un principe bien connu en recherche : le sujet garde en tout temps le droit de se retirer de l'expérimentation et ce, nonobstant tout consentement préalablement émis. Ce principe, aussi appelé «droit de retrait», est reconnu notamment par l'*Énoncé des trois Conseils*⁴⁶ et le *Code civil du Québec*⁴⁷.

Or, une politique efficiente de gestion des risques implique un programme de surveillance sans faille. Si le sujet ayant reçu la xénogreffe est libre de déroger au programme de surveillance, c'est l'intégrité de l'ensemble du processus qui est mis en cause. En effet, dès lors qu'un individu «à risque» manque à son devoir de suivi, si bonnes soient les mesures de surveillance, elles deviendront inutiles considérant les objectifs auxquels elles répondent, qui sont la prévention d'infections et le repérage rapide de toute épidémie éventuelle au sein de la population.

46. *Supra* note 11, règle 2.2 à la p. 2.4.

47. Art. 24 C.c.Q.

Par conséquent, il apparaît souhaitable de créer une exception au principe du retrait et ce, pour des considérations d'ordre sociétal. L'expérience démontre que le risque social et la santé publique peuvent justifier certaines entorses aux droits individuels. Néanmoins, autant que faire se peut, toute atteinte doit être minimisée⁴⁸.

b. La vie privée et la libre circulation

Dans le cadre de ce programme de surveillance, outre une restriction au droit de retrait, d'autres atteintes à certains droits fondamentaux sont également prévisibles. Certains recommandent la création d'un registre national et international contenant diverses données relativement aux receveurs des xénogreffes et à leurs proches. Si tel était le cas, tant le droit à la vie privée⁴⁹ que le droit à la libre circulation⁵⁰ pourraient être affectés.

En ce qui a trait au droit à la vie privée, notons que le bassin de personnes ayant un éventuel accès à certaines données confidentielles sera nettement plus élargi que dans le cadre de la plupart des autres projets de recherche. Un tel accès pourrait être étendu tant aux chercheurs locaux, nationaux, qu'internationaux. Plusieurs estiment qu'une banque d'informations d'une telle ampleur serait nécessaire afin de permettre le partage des données entre les divers chercheurs et ainsi assurer un suivi accru permettant de prévenir toute diffusion éventuelle d'un organisme pathogène nouveau. À cette occasion, le receveur pourrait devoir fournir diverses informations – parfois très personnelles – comme le nom des différents partenaires sexuels (il en serait de même pour les proches à risque).

48. A. Tremblay, *Droit constitutionnel, principes*, 2^e ed., Montréal, Thémis, 2000 à la p. 395.

49. Art. 5 et 9 *Charte québécoise* ; art. 3, 35-41 C.c.Q.; on peut également penser à l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui garantit le droit à la liberté et à la sécurité: comparer H. Brun et P. Brun, *Chartes des droits de la personne, Législation, jurisprudence et doctrine*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 184.

50. Art. 6 *Charte canadienne*, dans la mesure où s'applique la *Charte canadienne*, voir *supra* note 48 aux pp. 327 et s. Néanmoins, les chartes fournissent des principes directeurs qui doivent inspirer les actions des divers organismes. Notons que nous n'avons pas l'intention de traiter à fond de la question de la constitutionnalité.

Il nous apparaît nécessaire de distinguer l'utilisation de la banque selon qu'il s'agisse d'un accès à des fins de recherche ou dans le cadre d'un programme de surveillance. Alors que les chercheurs attirés au projet devraient pouvoir travailler avec des données anonymes, seuls les individus responsables du volet surveillance devraient être en mesure de relier les données comprises au registre au receveur ou au proche afin de pouvoir retracer rapidement les cas problèmes. Étant donné les enjeux en cause, ces derniers pourraient être choisis au sein du département de santé publique. Permettre un accès autrement plus large à des données confidentielles paraît difficilement justifiable. Par ailleurs, bien que cela constitue une entorse aux principes généraux du secret professionnel, le médecin traitant pourrait être autorisé à communiquer certaines informations au département de santé publique lorsqu'il perçoit une menace sérieuse à la santé de la population. Son contact direct et régulier avec le receveur en fait une personne clé en ce qui a trait au suivi.

Ajoutons que si certains ont indiqué que la quantité d'informations contenues au registre pourrait être fort étendue dans les circonstances, la règle de la pertinence demeure et seuls les renseignements absolument nécessaires aux fins poursuivies par la banque devraient y être répertoriés. La vigilance à cet égard s'impose afin d'éviter un cumul inadéquat de données sous prétexte d'un danger potentiel très grand pour la population.

Somme toute, le droit à la vie privée n'est pas absolu et il peut être subordonné à la sécurité publique⁵¹. Considérant les enjeux liés à la xénotransplantation, cette exception est d'ailleurs susceptible de trouver application. Quoi qu'il en soit, si un tel registre était effectivement créé, des balises strictes et uniformes (considérant l'aspect international) devraient être imposées aux personnes ayant accès audit registres afin de minimiser les atteintes portées à ce droit fondamental et, parallèlement, assurer autant que possible la confidentialité des données.

Ensuite, il est possible que le receveur et/ou ses proches puissent se voir opposer une limitation à leur liberté de circulation et d'établissement. Le droit

51. Voir notamment *R.c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 ; art.20 al.5 du *Code de déontologie des médecins*.

à la libre circulation implique que tout citoyen canadien a le droit de se déplacer dans le pays, d'y entrer et d'en sortir. Si une personne «à risque» désire quitter le pays pour une période plus ou moins prolongée et que, du même fait, l'équipe médicale assurant le suivi ne peut la tenir sous son «joug», cette personne se verra-t-elle opposer un refus ou une limitation dans ses déplacements? Les pays pourraient souhaiter développer certains partenariats à cet égard afin d'assurer le suivi outre frontières de ces personnes s'ils le jugent nécessaire. Toutefois, l'individu astreint à des prélèvements réguliers et qui désirerait quitter le pays pour une longue période sans qu'il soit possible d'assurer un quelconque suivi pourrait effectivement se voir opposer certaines restrictions quant au choix de la destination ou quant à la durée du voyage. Qui plus est, ces individus pourraient devoir signaler bon nombre de leurs déplacements aux personnes concernées, ce qui peut représenter une contrainte fort importante.

Des atteintes à ces droits fondamentaux sont donc prévisibles⁵². Chose certaine, les individus désirant recevoir une xénogreffe ainsi que leurs proches devront être informés des limitations possibles à leurs droits avant de prendre une décision à cet égard. Enfin, il est à prévoir que bon nombre de ces atteintes devront pouvoir se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵³.

Ayant passé en revue quelques atteintes prévisibles à certains droits fondamentaux, voyons maintenant le cas de l'individu récalcitrant qui refuserait de se soumettre au programme de surveillance.

2. Le cas de l'individu récalcitrant

Tel que nous l'avons mentionné lors de l'analyse des entraves prévisibles à certains droits en matière de xénotransplantation, le sujet qui ne respecte pas les conditions du programme de surveillance soumet la population à un risque accru de contamination voire même de pandémie. Ainsi, que faire face à l'individu récalcitrant qui refuse de se soumettre au programme de surveillance ou qui fait preuve de laxisme à cet égard? Si plusieurs organismes soulignent l'importance d'assurer un programme de surveillance stricte à la suite

52. Notons que d'autres droits pourront être en cause suivant les politiques qui seront adoptées.

53. Art. 1 *Charte canadienne* ; R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

d'une xénotransplantation, fort peu se sont prononcés quant à cette épineuse question. Pourtant, il convient de se pencher plus précisément sur cette problématique.

a. L'engagement contractuel : l'approche individuelle

Le Comité consultatif national d'éthique en France, à l'occasion de son *Avis sur l'Éthique et la xénotransplantation*⁵⁴, soulignait que les malades, candidats à la xénogreffe, devraient certes donner leur consentement, mais également s'engager par contrat étant donné la période prolongée de suivi et la possibilité d'une soumission aux éventuelles contraintes d'une quarantaine. À cet égard, le Comité fait le parallèle avec les personnes porteuses d'un risque de diffusion d'une maladie épidémique. Le Comité semble encourager une approche individuelle en ayant recours à un engagement contractuel des sujets. Par ailleurs, le Comité n'explicite pas davantage les différents paramètres d'une telle avenue et, notamment, la mise en application de l'engagement contractuel advenant la réticence de certains sujets à se soumettre au programme de suivi.

D'emblée, soulignons qu'outre un certain pouvoir moral, l'avenue contractuelle nous semble peu appropriée dans les circonstances⁵⁵. Mentionnons que le contrat portant sur le corps humain est admis en droit québécois. D'ailleurs, le *Code civil du Québec* régit spécifiquement ce type de contrat aux articles 11 et suivants. Conséquemment, rien ne semble s'opposer de prime abord à l'établissement d'une convention d'expérimentation. Toutefois, nous pensons que le droit de retrait⁵⁶ joue un rôle important dans l'appréciation de la validité de ces conventions. En effet, puisque plusieurs outils législatifs précisent que toute atteinte à l'inviolabilité et l'intégrité de la personne doit se faire avec le consentement de celle-ci, dès lors que cette personne cesse de consentir, de telles atteintes ne sont plus tolérées⁵⁷. Ainsi, on

54. *Supra* note 10.

55. Nos propos prennent pour acquis qu'il s'agit d'une situation intervenant dans le cadre du droit québécois.

56. Voir nos propos précédents relativement au droit de retrait, ci-dessus partie B.

57. Voir notamment Art. 1 *Charte québécoise* ; art. 10 et 11 C.c.Q. ; art. 9 *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2 ; R. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 17 aux pages 65 et suivantes et 349 et suivantes. Notons que l'inviolabilité relèverait de l'ordre public. Voir A. Lajoie, P. Molinari et J.-M. Auby, *supra* note 34 à la p. 367 ; É.

peut penser qu'une convention d'expérimentation est valide tant et aussi longtemps que le sujet impliqué consent aux soins⁵⁸.

Toutefois, nous avons déjà souligné que le droit de retrait pourrait être limité en matière de xénotransplantation puisque dès que la xénogreffe aura été pratiquée, le risque d'infection potentielle pouvant affecter la population sera présent. Conséquemment, la mise sur pied d'un programme de «monitorage» afin de prévenir la survenance d'un tel risque ne saurait être subordonnée au bon vouloir des sujets. Par ailleurs, on peut d'ores et déjà se questionner quant à la validité d'une entente de nature contractuelle qui irait à l'encontre du droit des individus de ne pas consentir à certains soins, lequel droit réfère à la faculté de retrait en tout temps⁵⁹. Le consentement aux soins est un processus continu qu'il ne convient pas de figer dans le temps.

De plus, en matière de xénotransplantation, toute exécution forcée d'un engagement contractuel de manière autre que l'exécution en nature serait inadéquate et ce, pour les raisons que nous avons déjà mentionnées. En outre, l'évaluation du paiement par équivalent nous semble hautement problématique dans les circonstances. Qui plus est, si un tel contrat intègre une clause pénale, d'une part elle devient vaine si l'individu paye le montant indiqué et, d'autre part, il est fort à parier qu'un montant trop élevé amenant alors l'individu à se faire soigner contre son gré soit jugé ou abusif ou invalide par un tribunal⁶⁰. Seule l'exécution en nature pourrait pallier adéquatement le tort causé par l'individu récalcitrant.

Or, même si une telle entente contractuelle s'avérait valide, l'exécution en nature d'une obligation de soins est fort discutable. Il est effectivement permis de demander l'exécution en nature d'une obligation de faire mais

Deleury et D. Goubau *supra* note 19 aux pages 98 et suivantes.

58. De plus, puisqu'il est possible pour le sujet de résilier en tout temps l'entente de soins, un tel geste ne devrait pas l'exposer pour autant à une poursuite en responsabilité civile puisqu'il s'agit d'un droit. Voir A. Lajoie, P. Molinari et J.-M. Auby *supra* note 34 à la p. 363 ; R. Kouri et S. Philips-Nootens, *supra* note 17 à la page 368.

59. Il est entendu que le terme «soins» doit se comprendre tel que défini par l'article 10 du C.c.Q. et, conséquemment, inclut tant les examens, les prélèvements que toute autre intervention.

60. Art. 1623 C.c.Q.

uniquement pour les cas qui s'y prêtent⁶¹. Partant, la protection des libertés individuelles peut constituer un obstacle lorsque l'exécution en nature implique une prestation personnelle du débiteur⁶², ce qui est le cas en l'espèce. À cet effet, la maxime *nemo praecise potest cogi ad factum* est fort éloquente. La répugnance des juges à forcer un individu à se faire soigner dans de telles circonstances est à prévoir, d'autant plus que le débiteur peut, à bon droit, invoquer une atteinte à ses droits fondamentaux⁶³.

Dès lors, nous pensons que l'imposition de mesures législatives peut être davantage indiquée en matière de xénotransplantation.

b. Les mesures coercitives : l'approche sociétale

Afin de répondre aux objectifs visés par le programme de surveillance, une loi spécialement créée à cette fin devrait permettre l'administration forcée de certains soins auprès des receveurs récalcitrants. Par ailleurs, une telle loi constituerait sans doute une limite importante aux principes de l'inviolabilité et de la liberté de la personne⁶⁴.

On pourrait également envisager l'insertion d'une disposition spécialement prévue à cet effet dans la *Loi sur la santé publique*⁶⁵. D'ailleurs, cette loi autorise déjà, dans certaines circonstances, le traitement obligatoire de

61. Art. 1601 C.c.Q. et art. 751 *Code de procédure civile* ; J.-L. Baudouin et P. G. Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville (Qc.), Yvons Blais, 1998 aux pp. 639-642.

62. J.-L. Baudouin et P. G. Jobin, *ibid* à la p. 640. ; *Messengeries de Presse Benjamin Inc./Benjamin News Inc. c. Groupe Quebecor Inc.*, J.E. 94-433 (C.S.); *Varnet Software c. Varnet U.K. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2755; *Charron c. Groupe Roy Santé inc.*, [2002] R.D.I. 269. Voir *contra Aubrais c. Laval (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.).

63. En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, l'article 1 prévoit qu'une telle dérogation doit s'autoriser d'une loi.

64. Le droit à l'inviolabilité et à l'intégrité protège les atteintes au corps humain. Le droit à l'inviolabilité se pose davantage comme un interdit face aux tiers et protège, notamment, l'autonomie décisionnelle. En outre, ce droit est susceptible de recevoir application tant dans les rapports privés que publics. Voir *supra* note 19 aux pp. 99-100.

65. L.Q. 2001 c. 60.

personnes atteintes de maladies contagieuses⁶⁶, telles que la variole⁶⁷ et la tuberculose en phase contagieuse⁶⁸. Cette loi permet également la vaccination obligatoire contre certaines maladies⁶⁹. En cas de refus, le tribunal peut ordonner aux «déviant» de se soumettre aux soins demandés⁷⁰. Enfin, cette loi témoigne de la possible application de certaines mesures particulières lorsqu'il en va de l'intérêt collectif.

Toutefois, il faut noter que l'ensemble des lois qui permettent de passer outre le consentement de l'individu afin de lui imposer un traitement⁷¹ semblent référer à une probabilité élevée de risque, soit pour la personne elle-même, soit pour autrui. Ainsi, à la différence de la xénotransplantation – où actuellement il n'est possible de parler que de risques éventuels et inconnus – le caractère immédiat et indubitable du risque ayant justifié le recours à des mesures exceptionnelles nous semble apporter des nuances importantes. D'ailleurs, en ce qui a trait aux mesures coercitives parfois imposées aux malades mentaux, l'interprétation de la notion de dangerosité y joue un rôle crucial : seule une dangerosité prévisible à court terme, et non seulement potentielle et hypothétique, justifiera l'application de telles mesures⁷². Peut-on penser que la nature inconnue et imprévisible des risques associés à la xénotransplantation constituerait un obstacle à l'adoption d'une telle loi? À notre avis, ce constat s'élève effectivement en porte-à-faux.

Il est à prévoir que certains receveurs récalcitrants quant aux mesures de suivi désireront demander à la cour de prononcer l'«inapplicabilité» des

66. Voir *ibid* art. 171 qui indique que le *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. 1981, C.P. 35, r.1 [ci-après *Règlement d'application*] demeure en vigueur.

67. *Règlement d'application*, *ibid* art. 36.

68. *Ibid* art. 34.

69. *Supra* note 65, art. 123.

70. *Ibid.* art. 126 et 127.

71. Pensons également aux cas d'évaluation psychiatrique et de garde forcées en établissement de santé : art. 26-31 C.c.Q et la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, 1997 L.Q. c. 75. En outre, le tribunal peut en cas de refus injustifié de celui qui peut consentir à des soins requis par l'état de santé d'un mineur ou d'un majeur inapte néanmoins autoriser les soins qu'il juge nécessaire. Idem en cas de refus catégorique d'un majeur inapte. Voir art. 16 C.c.Q.

72. *Supra* note 19 à la p. 22 du *Supplément*.

dispositions législatives en cause. Ainsi, une telle loi devra pouvoir se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que prévu à l'article 1 de la *Charte canadienne*⁷³. De surcroît, la *Charte québécoise* mentionne que les droits qui y sont prévus doivent s'exercer dans le respect de l'ordre public et du bien-être des citoyens du Québec⁷⁴. Bref, la dérogation à certains droits fondamentaux est possible mais doit assurément être justifiée.

À notre avis, il est présentement difficile de se prononcer quant à la décision prévisible des tribunaux à cet égard. Il ne fait pas de doute que les atteintes sont particulièrement onéreuses pour les candidats aux xénogreffes. Qui plus est, les risques afférents à la xénotransplantation sont, pour les plus inquiétants, inconnus et imprévisibles à l'heure actuelle, ce qui peut avoir pour effet de démentir la nécessité d'imposer de telles mesures. Malgré cela, la population encourt tout de même un risque qui est d'une ampleur potentiellement très importante et, conséquemment, la xénotransplantation peut avoir un impact sur la santé et la sécurité publique. On a vu par le passé que les tribunaux ont parfois légitimé certaines mesures limitant l'exercice de droits fondamentaux : est-il donc à prévoir qu'ils estimeront la xénotransplantation suffisamment préoccupante pour faire de même?

Conclusion

La xénotransplantation suscite de nombreuses questions scientifiques, éthiques et juridiques. Il appartiendra aux scientifiques de rendre la xénotransplantation plus sécuritaire, au législateur d'assurer la protection des individus et de la communauté ainsi qu'aux éthiciens de remettre en question l'essence de nos actions et de nos motivations.

Dans le cadre du présent article, nous avons voulu explorer quelques conditions qui devront être respectées avant de permettre la pratique des xénogreffes. À cet égard, nous avons fait part de la nécessité d'effectuer une évaluation des risques et des bienfaits ainsi que d'obtenir un consentement libre et éclairé des personnes impliquées. Ensuite, nous avons vu que les risques

73. Voir *R. c. Oakes supra* note 53 et A. Tremblay *supra* note 48 à la p. 387.

74. Art. 9.1.

inconnus liés à la xénotransplantation pourraient justifier l'application de mesures particulières quant au suivi. Somme toute, l'essentiel du débat posé par la xénotransplantation oppose les conséquences possibles pour la société – effet à long terme – versus les bienfaits potentiels pour l'individu – impact à court et moyen terme.

Certes, la xénotransplantation représente des avantages importants. En effet, la vie étant considérée comme l'une des valeurs primordiales au sein de nos sociétés pluralistes, la possibilité de sauver des vies humaines à moyen et long terme ne saurait être prise à la légère. Toutefois, nous estimons que le débat associé à la xénotransplantation ne doit point se faire en vase clos et doit encourager la discussion tant au niveau national qu'international.

Dans notre tentative de pousser toujours plus loin les frontières de la mort, la xénotransplantation, à titre de technologie émergente, doit nous forcer à nous interroger relativement à notre conception de la dignité et de l'identité humaine. Ainsi, Jean-François Malherbe disait : «[l]a technique n'a de sens qu'en rapport à une finalité et cette finalité ne peut être définie qu'à partir du souci de l'humain en quoi consiste l'humanisme⁷⁵».

75. J.-F. Malherbe, «Technique et humanisme, une alliance contre nature?», Conférence d'ouverture du 12^e colloque de la Société canadienne de bioéthique, Québec, 19 octobre 2000, coll. «Essais et conférences», Chaire d'éthique appliquée de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, G.G.C., 2000 à la p. 2.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : JUDICIAL INVOLVEMENT IN DOMAIN NAME DISPUTES IN CANADA

Auteur(s) : R. Lynn CAMPBELL

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **373-420**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12289>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12289>

Page vide laissée intentionnellement.

JUDICIAL INVOLVEMENT IN DOMAIN NAME DISPUTES IN CANADA

par R. Lynn CAMPBELL*

Les premières oppositions aux noms de domaines étaient principalement résolues par des demandes d'injonctions aux tribunaux. Pour obtenir ce redressement, les opposants argumentaient que l'utilisation d'un nom de domaine enfreignait un droit privé. Aujourd'hui, la plupart des conflits au sujet des noms de domaines sont résolus en ayant recours à une pratique de règlement des conflits mise en place par contrat lors de l'enregistrement des noms de domaines. Les droits des deux parties sont soupesés soigneusement dans la politique pertinente et une décision écrite est requise lors de la formation du panel.

Quel est le statut d'une telle décision vis-à-vis d'une intervention du tribunal ultérieure une fois le processus de règlement extrajudiciaire des conflits achevé? Le tribunal a-t-il la juridiction de traiter une dispute de novo en raison de l'adoption d'une déclaration? L'application des principes traditionnels de l'attaque indirecte et de l'issue estoppel pour une même question de droit administratif en litige n'appuient pas de novo l'intervention judiciaire. Les principes de droit administratif pour le contrôle judiciaire des décisions du tribunal n'appuient donc manifestement pas les interventions judiciaires.

Early domain name challenges were primarily resolved by application to the courts for an injunction. To obtain this relief, challengers argued that the use of the domain name infringed a private law right. Today, most current domain name disputes are resolved by recourse to a dispute resolution policy set up by contract at the time a domain name is registered. The rights of both parties are carefully balanced in the relevant policy and a written decision is required of the panel.

What is the status of such a decision after completion of the alternate dispute resolution process vis-à-vis subsequent court intervention? Does a court have jurisdiction to hear the dispute de novo by way of an application for declaration? Application of traditional administrative law principles of collateral attack and issue estoppel do not support de novo judicial intervention. Nor do the administrative law principles for judicial review of consensual tribunal decisions clearly support court intervention.

*, Professor, Department of Law, Carleton University.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	375
Early Judicial Involvement	375
Federal Court Action	376
Provincial Courts	381
Assessment	388
The New Approach	390
The Complaint	392
The Response	394
The Panel	395
The Service Provider	397
Court Intervention	400
Attack or Review by the Courts?	403
Collateral Attack	405
Application of Issue Estoppel	407
Judicial Review	411
Standard of Review	411
Application of Standard to Domain Name Decisions	413
<i>Black v. Molson</i> Revisited	417
Conclusion	419

Introduction

Today there are millions of domain names used in the Internet. For owners, a domain name may well be an integral part of their identity and be that which distinguishes them from all others. For others, a domain name may be the most valuable asset of the business. Business registrants often view a domain name as an opportunity capable of tremendous financial benefit in the future. Due to the global reach of the Internet, it is understandable that there are disputes over ownership of unique domain names, particularly the ones that are either identical or similar to registered trade-marks. An aggrieved person, unable to obtain and use a particular domain name, will expend deep pocket capital to take all sorts of means to get it, including recourse to the courts.

This paper examines the involvement that Canadian courts have had in domain name disputes. The first part examines the early challenges of domain name disputes in the Federal Court of Canada and the superior courts of the provinces. This part will focus on the granting of interlocutory injunctions, primarily for trade-mark infringements, passing off and breach of copyright. The second part will explore the various provisions of the Domain Name Dispute Resolution Policy of the Canadian Internet Registration Authority to determine the scope of the policy and how the rights of a complainant and respondent are protected. The third section reviews a recent case before the Ontario Superior Court of Justice and explores several standards of review of Panel Decisions under the CIRA policy. This part demonstrates the need for lawyers and courts to clearly articulate the grounds for and scope of judicial review over private dispute resolution procedures involving domain names. The final part will make several observations in relation to the resolution of future disputes.

Early Judicial Involvement

Recourse to the courts for resolution of domain name disputes has had a relatively brief, but interesting, history. Many of the cases have been heard in the Federal Court of Canada because the cause of action is based on trade-mark infringement. However, passing off, breach of copyright and defamation actions have been heard in courts of provincial jurisdiction. Very few of these cases have gone as far as trial. Most plaintiffs want to quickly restrain the use of a

domain name and have ownership of it transferred to them, thus, the existing jurisprudence has mainly focused on motions and applications for interim orders, particularly injunctions. Whether or not the use of a particular domain name actually constitutes an infringement of a registered trade-mark is beyond the scope of this paper¹.

Federal Court Action

The jurisprudence in relation to domain name disputes in the Federal Court of Canada has dealt primarily with actions for infringement of trade-mark under s. 22 of the Canadian *Trade-marks Act*² and corollary injunctive relief to restrain someone from using a domain name. In order to obtain an injunction in the Federal Court, an applicant must meet a threefold test. First the applicant must satisfy the Court that there is either a *prima facie* case, or at least a serious question to be tried. Second, the applicant has to demonstrate that unless the injunction is granted, it will suffer irreparable harm that is not susceptible to, or is difficult to compensate in damages. Finally, the balance of convenience must lie with the applicant. Invariably, the relief to restrain the use of domain names has been brought in the form of injunction.

The first case in the Federal Court of Canada in relation to domain names was filed in 1997. In *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Inc.*³, the plaintiff, a British Columbia corporation, was a web provider and had an Internet address «www.itv.net». The defendant, also a British Columbia corporation, was in the business of television broadcasting and owned several trade marks using «ITV» and had registered a web site with the domain name «www.ITV.ca». The plaintiff sought an order expunging the «ITV» trade-marks of the defendant and a declaration that the plaintiff was not precluded by those trade-marks from using the web address «www.itv.net». The defendant filed a counterclaim alleging infringement of its ITV trademarks and sought an interim injunction. MacKay J. ordered an interim injunction, pending a hearing for an interlocutory injunction until trial and issued an order restraining the plaintiff

-
1. For liability of «use» of a trade-mark on a web site, see, *Pro-C Limited v. Computer City, Inc.* (2001), 149 O.A.C. 190; 107 A.C.W.S. (3d) 1073.
 2. Trade-marks Act, R.S.C. c. T-10.
 3. (1997), 76 A.C.W.S. (3d) 157 (MacKay).

from using the ITV trade-marks. Pinard J. dismissed the defendant's subsequent motion for an interlocutory injunction because no case for irreparable harm had been established⁴. Two years later, the plaintiff's application for summary judgment for a declaration that it was entitled to use the domain name «www.itv.net» was dismissed because issues of confusion and distinctiveness had been raised⁵.

Before any injunctive order can be issued, an applicant must show that a prima facie case exists. In *Weight Watchers International v. Vale Printing Ltd.*⁶, the plaintiff commenced an action for trade-mark infringement, statutory passing off and depreciation of goodwill. The defendant had displayed the plaintiff's trade-mark WEIGHT WATCHERS and the term «WW» on its Web sites at the domain names «www.wwcompanion.net» and «www.wwcompanion.com». The defendant did not shut down the sites as promised, but removed all explicit references to the plaintiff's trade-mark and then transferred the domain names to two third parties. The plaintiff brought a motion for an order to add the new owners of the domain names as defendants and for an interlocutory injunction to restrain any further transfer and use of the domain names. Heneghen J. granted the motion to add the two new owners as defendants and issued an order that the web sites could not be again transferred. However, there was no evidence on which the court could order that the transfer of the domain names to the third party be cancelled because it was not shown that they had violated the plaintiff's trade-mark WEIGHT WATCHERS. Nor had the plaintiff shown that it had any rights in the term «WW». Further, the new owners had not displayed the trade-mark WEIGHT WATCHERS on the Web sites. Thus, no order cancelling the transfer of or restraining the use of the domain names was issued⁷.

-
4. (1997), 77 A.C.W.S. (3d) 160 (Pinard).
 5. (1999), 90 A.C.W.S. (3d) 857 (Teitelbaum). The Plaintiff appealed the dismissal of application to the Federal Court of Appeal. The appeal was dismissed, 2001 FCA 11 (Noel, Evans, Sharlow, JJ.A.).
 6. (2000), 7 C.P.R. (4th) 92 (Heneghan, J.). The Defendants had previously brought a motion for particulars (96 A.C.W.S. (3d) 366, Blais, J.) which was granted in part.
 7. About a year later, the defendant applied for a motion to remove the plaintiff's solicitor. The defendant wanted to examine the plaintiff's counsel about an e-mail the receipt of which had been denied by plaintiff's counsel. Morneau Prothonotary, dismissed the motion because of the expense of litigation, the enormous waste of time. Further, it was far from certain that

A change of circumstances can be fatal to an application for injunction as was shown in *Toronto.com v. Sinclair*⁸. The plaintiff had operated a Web site under the domain name «www.toronto.com». The defendant later operated a Web site under the domain name «www.toronto2.com» and framed portions of several Web pages published on the plaintiff's site. The plaintiff commenced an action for passing off and for copyright infringement and brought a motion for an interlocutory injunction to restrain the defendants from using its domain name. By the time the motion was brought, the defendant's Web site no longer had framed content from the plaintiff's Web site. Heneghan J. was of the opinion that the plaintiff had not shown clear evidence that it would suffer irreparable harm. In this case, infringement of the proprietary rights that were at issue had not constituted irreparable harm because the harm could be quantified in monetary terms. Nor was there any proof that the plaintiff's goodwill had been diminished. Thus the motion was dismissed⁹.

Not all aggrieved plaintiffs have been unable to obtain an interlocutory injunction to restrain the use of a domain name. In *Bell Actimedia Inc. v. Puzo*¹⁰, the plaintiff owned registered trade-marks in «YELLOW PAGES» and «PAGES JAUNES» which it had used for 50 years. It had used these trade-marks in association with telephone directories and had annual sales of 500 million dollars. The defendants obtained the domain name «www.lespagesjaunes.com» and through this Web site marketed a business directory of the French speaking world. The plaintiff commenced an action for trade-mark infringement, depreciation of registered trade-marks and contravention of s. 7 of the *Trade-marks Act*. After obtaining two interim injunctions, the plaintiff brought a motion for an interlocutory injunction to continue the interim injunctions until trial. Blais J. was of the opinion that there was a serious issue to be tried and that the plaintiff would suffer irreparable

the merits of the case warranted examination of the plaintiff's solicitor. (2001), 106 A.C.W.S. (3d) 539.

8. (2000), 6 C.P.R. (4th) 487 (Heneghan J.).

9. The defendant's inability to pay damages was not sufficient for the irreparable harm test. Further, the plaintiff had not shown that it had lost or would lose reputation, brand name awareness, consumer loyalty or the ability to attract advertisers. (2000), 6 C.P.R. (4th) 487 at 491.

10. (1999), 2 C.P.R. (4th) 289 (Blais J.).

harm if the interlocutory injunction was not granted. The court was influenced by the plaintiff's level of sales and the fact that it had dealt with tens of thousands of businesses for over 50 years. The Federal Court ordered that an interlocutory injunction be granted to restrain the defendant from using the domain name «www.lespagesjaunes.com» or any other domain name confusingly similar to this one¹¹.

The only case relating to a domain name dispute in Federal Court that has had a decision on the substantive issues raised in it has been *Sprint Canada Inc. v. Merlin International Communications Inc.*¹² In this case, the plaintiff which was the registered owner of «SPRINT» trade-mark for use in the telecommunications industry, sought injunctions and damages for trade-mark infringement because the defendant had used «Sprint Canada» as a trade name in the communications business. O'Keefe J. was of the opinion that there was infringement because of the likelihood that the trade name of the defendant would cause confusion with the trademark of the plaintiff. Because the plaintiff indicated it would use the trade name unless enjoined from doing so, the Court granted a *quia timet* injunction¹³. However, no injunction was granted to restrain the defendant from adopting domain names in Canada that might be confusing with the plaintiff's trade-marks. Even though the defendant had obtained domain names «www.sprintcanada.com» and «www.sprintus.com», it had not set up a web site to offer services under these names nor had services been offered through the web site addresses. Their use as e-mail sites by the defendant did not constitute infringement of the plaintiff's trade-mark.

-
11. The defendant was also ordered to deliver to the plaintiff all computer hardware and software bearing the trade-mark «Pages Jaunes» and copies of «all purchase orders, invoices, sales slips, delivery slips, bills of lading, custom broker documents and records relating to the defendant's business. These were to be used to establish the damages and/or profits payable to the Plaintiff». (1999), 2 C.P.R. (4th) 289 at 294.
 12. (2000), 101 A.C.W.S. (3d) 600. (O'Keefe J.) In this case there was a joint statement of facts that the Court adopted.
 13. The defendant had indicated that it would continue using this trade name unless enjoined from doing so. However, there was no injunction granted with respect to loss of goodwill because the evidence did not show any depreciation in the value of the goodwill attached to the plaintiff's trade-mark.

Other domain name cases in the Federal Court have dealt primarily with procedural issues¹⁴. Apart from *Sprint Canada Inc.*, none of the cases has proceeded to trial. Only in *Bell Actimedia Inc.* was the defendant ordered not to use a domain name. Thus, aggrieved plaintiffs have had limited success in the Federal Court of Canada in obtaining orders to restrain defendants from using domain names that have allegedly infringed trade-marks.

Provincial Courts

Provincial superior courts have heard cases dealing with passing off, breach of copyright or defamation in relation to domain name disputes. These actions are well known to the common law. In a passing-off action, the plaintiff

-
14. In *Canada Post v. Epost Innovations Inc.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 21 (Hargrave J.) the plaintiff which owned several trade-marks that included the word «Post» commenced an action for trade-mark infringement against the defendant who had obtained «www.cypost.com» as a domain name. The defendant made a motion for particulars and the plaintiff was ordered to provide the dates of first use for each mark allegedly infringed as well as trade-marks that were associated with «electronic message services». The request for identification of wares and services was denied. The defendant's subsequent application for declaratory relief was dismissed (1999), 91 A.C.W.S. (3d) 214 (Edwards J.). Over a year later, the plaintiff brought a motion to strike out several paragraphs of the defendant's statement of defense and counterclaim. This motion was granted in part (2001), 105 A.C.W.S. (3d) 140 (Hargrave, P.).
- In *Molson Breweries v. Kuettner* (1999), 3 C.P.R. (4th) 479 (Aronovitch P), the plaintiff owned registered trade-marks «MOLSON» and «MOLSON'S». The defendant had registered with Network Solutions, Inc. the domain names «www.molson.com» and «www.molsonbeer.com». As was the policy of Network Solutions, Inc., upon notice of a complaint from a third party, it placed the domain names on a «hold» status. Network Solutions, Inc. made a declaration that it would not allow any change to the registration or status of the domain names until a Court rendered a temporary or final decision regarding the interests of the defendant. The plaintiff then commenced an action for trade-mark infringement and brought a motion seeking leave to deposit this declaration into the registry of the Court. By its terms the declaration tendered control over the use and registration of the domain names to the Court. The Court noted that the law with respect to domain names, their registration, the rights and property that they confer were merely nascent. The court was also concerned that it might assume a potential burden and even responsibility if the declaration were to be deposited into the Court registry. It was not clear whether intellectual property was «property» within the meaning of Rule 377 of the Federal Court Rules and further that there was no evidence of irreparable harm if the application were denied. The motion was dismissed without prejudice to the parties to bring a subsequent motion. No such motion has ever been brought.

must prove the existence of goodwill, deception of the public due to a misrepresentation and actual or potential damage to the plaintiff. In order to prove breach of copyright, the plaintiff must show that another person has reproduced an original artistic work belonging to the plaintiff without permission. The three elements of defamation are simply stated : the words in question have been published, the words refer to the plaintiff and the words, in their natural or ordinary meaning, or some extended meaning, are defamatory of the plaintiff. Despite the clarity with which these causes of action may be stated, their proof in court requires a high level of evidence, particularly if there is potential issue of bad faith, breach of fiduciary duty or a constitutional argument.

The first judicial involvement with a domain name dispute occurred in 1995 in the Trial Division of the Supreme Court of Prince Edward Island. In *PEINET Inc. v. O'Brien*¹⁵ the plaintiff which provided access services to the Internet used the domain name «www.peinet.pe.ca». The defendant who once was an employee of the plaintiff formed his own business as an Internet service provider and obtained the domain name «www.PEI.NET». The plaintiff feared public confusion with its corporate name and commenced an action of passing off and sought an interlocutory injunction to prevent the defendant from using the domain name «www.PEI.NET». MacDonald C.J.T.D. noted that the whole area of the use of the Internet and its conventions was new to the court. However, even if the domain name «www.PEI.NET» was an infringement of use of the plaintiff's name, the plaintiff had not established the elements of a passing-off action¹⁶. Specifically, there was no misrepresentation that would likely lead the public to believe that the services offered by the defendant were the services of the plaintiff because upper case letters and a period were used in the disputed name. Therefore, the application for an interlocutory injunction to

15. (1995), 61 C.P.R. (3d) 334. (MacDonald C.J.T.D., Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division).

16. McDonald C.J.T.D. found that the plaintiff had only made superficial submissions without explaining the Internet. Nor had the plaintiff given viva voce evidence, but had merely filed a short affidavit. On the other hand, the defendant gave direct evidence and stated that anyone trying to contact the plaintiff using PEI.NET would be unable to do so. (1995), 61 C.P.R. (3d) 334 at 338.

restrain the defendant from using the domain name «www.PEI.NET» was dismissed.

The Ontario Superior Court was less sympathetic to the use of a near identical domain name in *Airline Seat Co. v. 1396804 Ontario Inc.*¹⁷ wherein the defendant merely deleted a dash in an otherwise identical domain name. The plaintiff, an English travel company carrying on business under the name «Canadian Affair», conducted a significant portion of business through an interactive Web site at «www.canadian-affair.com». The defendant, a current competitor of the plaintiff, obtained a domain name «www.canadianaffair.com» whose web site allegedly contained pornographic text. The plaintiff commenced an action for passing off and defamation. The defendant moved¹⁸ to strike the defamation and passing-off claims. Mesbur J. was of the opinion that the claim would not necessarily fail because all the elements of both defamation and passing off were in the claim and could not find it plain and obvious, or beyond doubt that there was no reasonable cause of action. Thus the motion was dismissed¹⁹.

A person who has no legitimate interest in a domain name may be restrained from using it if it is confusingly similar to the name of another business that is well known. This is particularly true if a person has registered the name with the intention of selling it either to the business that has an interest in restraining its use or to a highest bidder. In the Internet this pernicious practice is known as cyber-squatting. In *Saskatchewan Star Phoenix Group Inc. v. Noton*²⁰ the plaintiff published the StarPhoenix, the largest paper in Saskatchewan and maintained a Web site at «www.thestarphoenix.com» that contained lead stories and advertising. The defendant was in the business of registering domain names with the intention of selling them to interested

17. (2000), 8 C.P.R. (4th) 12 (Mesbur J., Ontario Court of Justice).

18. This motion was under Rule 21 of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194. A claim can only be struck if, even on the basis of those facts being proved, it is plain and obvious, or proved beyond doubt, the claim must nevertheless fail.

19. There has been no report of a decision at trial.

20. (2001), 12 C.P.R. (4th) 4 (Laing J., Saskatchewan Court of Queen's Bench).

parties²¹. He obtained the domain name «www.saskatoonstarphoenix.com» and created a Web site that looked identical to the plaintiff's except that different advertising was inserted. The plaintiff commenced an action for passing off. As the defendant was noted in default, the plaintiff applied for assessment of damages and an order for permanent injunction. The plaintiff was awarded damages for passing off and was also granted an order restraining the defendant from using the domain names. The defendant was also ordered to transfer to the plaintiff the domain names within 30 days²².

Freedom of expression, in certain circumstances, can weigh heavily in a passing off action even if there is intentional use of a trade-mark in a domain name. In *British Columbia Automobile Association v. O.P.E.I.U.*²³ the British Columbia Supreme Court agreed that the common law should be interpreted in a manner consistent with the *Charter of Rights and Freedoms*. The plaintiff was a not-for-profit automobile association and had obtained domain names «www.bcaa.bc.ca» and «www.bcaa.com» and «www.bcaa.org». The defendant union during strike action at the plaintiff, launched a Web site containing copyright and trade-mark materials of the plaintiff and obtained domain names «www.bcaabacktowork.com» and «www.bcaaonstrike.com». The plaintiff claimed passing-off, trade-mark and copyright infringement and launched an application for damages, a declaration, a permanent injunction, an order to deliver up infringing materials as well as an order to cancel or transfer to the plaintiff the union domain names. Sigurdson J. held that the domain names were neither misleading nor identical to the plaintiff's. Further, even though the defendant intercepted people intending to search for «BCAA», the domain names by themselves constituted no misrepresentation to the reasonably prudent Internet user. Nor was the defendant competing commercially with the plaintiff, but was merely attempting to communicate its message to the public about an

21. The domain names «www.thestarphoenix.com» and «www.starphoenix.com» were also on a list of names offered for sale by the defendant.

22. This order included the three domain names.

23. (2001), 102 A.C.W.S. (3d) 975 (Sigurdson J., B.C.S.C.). This case has been subsequently considered in *Law Society of British Columbia v. Canada Domain Name Exchange Corp.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 88 (Williamson J., British Columbia Supreme Court).

ongoing labour relations campaign. Thus the application for an order to cancel or deliver up and transfer the domain names to the plaintiff was declined²⁴.

In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Tedmonds & Co.*²⁵ the exercise of free speech which is protected by s. 2(b) of the *Charter of Rights and Freedoms*²⁶ also impacted upon the Court's decision in considering a motion for interlocutory injunction. The plaintiff applied for and was granted an interlocutory injunction prohibiting the defendants from distributing equipment in Canada that could receive and decode encrypted subscription programming signals from the United States²⁷. Some time later the defendant brought a motion to dissolve this injunction. The plaintiff also brought a motion for a permanent injunction to restrain the defendants from using the domain name «www.expressvu.org» for a web site used for the purpose of promoting the «Tedsat Legal Defense Fund» and criticizing the plaintiff as a commercial enterprise. The word «ExpressVu» was registered as a trade-mark assigned to the plaintiff. Anyone searching for «expressvu» would be directed to the defendant's web site and the domain name used in this way would allegedly infringe the trade-mark. The Ontario Superior Court dismissed the plaintiff's motion for lack of a genuine issue for trial because there was no commercial use of the plaintiff's trade-mark nor intention to tarnish the trade-mark, but rather merely criticism of the plaintiff as a commercial enterprise²⁸.

If the availability of a domain name has become known through a potential breach of fiduciary duty or bad faith execution of a contract, a

-
24. There was no order of declaration nor permanent injunction granted. Damages for passing off and breach of trade-mark were also declined because there was no passing-off and the defendant's use of the trade-marks was outside the scope of s. 22 of the Trade-marks Act. However, nominal damages in the amount of \$2,500 were awarded to the plaintiff for breach of copyright and passing off in the Union's early Web sites. (2001), 102 A.C.W.S. (3d) 975.
25. (2001), 104 A.C.W.S. (3d) 856 (Nordheimer J., Ontario Superior Court of Justice).
26. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.
27. (1999), 91 A.C.W.S. (3d) 563 (Nordheimer J. Ontario Superior Court of Justice).
28. The Court granted the motion to dissolve the injunction in respect of the gray market activities only. The black market activities remained within the prohibition because they likely violated the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R.2. The parties sought a further motion to clarify the wording of the order to show that the original order was varied. (2001), 105 A.C.W.S. (3d) 335.

restraining order may be granted. Registration of a domain name for the prime purpose of selling it to a business that has a legitimate interest in it or even for the purpose of disrupting the business, may also be grounds for a restraining order. In such circumstances, the Alberta Court of Queen's Bench did order that a domain name not be transferred in *Innersense International v. Manegre*²⁹. The plaintiff distributed beauty products to more than 300 individual distributors in Canada and the U.S., all of whom had access to the Web site at «www.innersense.com». The plaintiff had a registered trade-mark in the name «Innersense» and obtained its domain name through a trusted employee, Michelle Menagre who also was charged with the responsibility of developing the Innersense Web site. The domain name was not renewed by the plaintiff but taken up by Michelle Menagre's brother, Keith who had it removed from the Telus host servers, and then offered to sell the domain name to the plaintiff for \$20,000. Mr. Menagre told reporters that he had immediate plans to sell the domain name to a performing group in the United States.

The plaintiff commenced an action for trade-mark infringement and for an order directing return of the domain name. The plaintiff also brought a motion for an interim injunction restraining the defendants from selling or transferring the domain name³⁰. The Court was of the opinion that there was a serious issue was to be tried and that irreparable harm would result if the injunction were not granted. There was uncertainty surrounding the value of the domain name as a marketable entity and the defendant might not have the means to pay an undefined amount of damages. The Court also was of the opinion that the balance of convenience was best served by granting the injunction because the domain name could be quickly transferred beyond the jurisdiction of the Court. In addition, the viability of the plaintiff's business could be seen tied to its domain name in the eyes of its customers. Thus the order for an interim injunction was granted.

A person who has no legitimate interest in a domain name other than for resale at an exorbitant price may well be considered to be acting in bad faith, and thus an order restraining the transfer of the name may be issued. Such was

29. (2000), 7 C.P.R. (4TH) 107 (Lee J., Alberta Court of Queen's Bench).

30. At this time, Network Solutions Inc. no longer placed domain names on hold in these circumstances.

the case in *Itravel2000.com Inc. v. Fagan*³¹. The plaintiff who was a travel retailer with a web site at «www.itravel2000.com» had registered the name «Itravel» with the Travel Industry Council of Ontario and under the *Business Names Act*³². The plaintiff wanted to register the domain name «www.Itravel.ca» with the newly created Canadian Internet Registration Authority to obtain a «.ca» domain name. The defendant, who had no connection with the travel industry, had already registered this name and was willing to sell it to the highest bidder. The plaintiff brought an action and sought an interlocutory injunction to restrain the defendant from using, selling, transferring, disposing of, or otherwise dealing with the domain name³³. The Court held that there was a serious issue to be tried and that the plaintiff would suffer irreparable harm if the domain name were sold before trial. Also because the plaintiff had been expanding its travel business on the Internet and the defendant had acquired the domain name merely to sell it, the balance of convenience favoured the plaintiff. The Court granted the interlocutory injunction³⁴.

The Ontario Superior Court of Justice has dealt with one domain name dispute that has come forward not from any cause of action arising in Ontario, but from one in the United States. Before hearing *Easthaven, Ltd. v. Nutrisystem.com Inc.*³⁵, Nordheimer J. had to decide whether the Ontario Court of Justice had jurisdiction to hear the case because one party was not domiciled in Ontario. Easthaven, Ltd., a corporation incorporated in Barbados with its head office in Bridgetown, owned the domain name «www.sweetsuccess.com» which featured sports-related content. The domain name was registered with a Delaware corporation whose head office was located in Toronto.

31. (2001), 197 D.L.R. (4th) 760 (Chadwick J., Ontario Superior Court).

32. R.S.O. 1990, c. B.17.

33. The plaintiff laid a complaint to CIRA, but was advised that its dispute resolution policy was not yet in effect.

34. The plaintiff agreed to post \$25,000 as security for damages.

35. (2001), 55 O.R. (3d) 334 (Nordheimer J., Ontario Superior Court of Justice). Nutrisystems.com Inc. also commenced proceedings under the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy and ICANN, but on November 28, 2000, the arbitrators declined to order that the domain name be transferred to Nurisystem.com Inc. *Nutrisystem.com, Inc. v. Easthaven, Ltd.* (2000), CPR Institute for Dispute Resolution, File Number 012, (O'Shaughnessy, Menkel-Meadow, Ellicott).

Nutrisystem.com Inc., a Delaware corporation with major business in Pennsylvania, owned the trade-mark «Sweet Success» which was used in connection with weight loss programmes that it marketed. Upon an inquiry of the Easthaven, Ltd., Nutrisystem.com Inc. was informed that the domain name was for sale for \$146,250. Nutrisystem.com Inc. then commenced an action to gain control over the domain name³⁶. Easthaven, Ltd. unsuccessfully brought a motion in Pennsylvania to dismiss the action for lack of *in personam* jurisdiction³⁷. Even though the Court dismissed the motion, it subsequently granted Nutrisystem.com Inc. a preliminary injunction restraining Easthaven, Ltd. from transferring the domain name to anyone other than Nutrisystem.com Inc.³⁸.

Easthaven, Ltd. then commenced an action in Ontario for damages and a declaration that it owned the domain name and an order to transfer «www.sweetsuccess.com» to it. Nutrisystem.com Inc. moved to have the action dismissed on the basis of *forum non conveniens*. The Court held that there was no real and substantial connection between Ontario and the subject matter of the litigation. The mere fact that the domain name was registered by a corporation that happened to carry on business in Toronto did not give the domain name any physical presence or existence in Ontario. Nutrisystem.com Inc. was neither domiciled nor engaged in activities in Ontario, therefore, the Ontario court had no general jurisdiction. The court noted that it would be unreasonable to exercise jurisdiction over a Pennsylvania corporation at the behest of a Barbados corporation and accordingly granted the stay³⁹.

As in the Federal Court of Canada, domain name disputes in the provincial superior courts have primarily dealt with procedural issues. Only in

36. Nutrisystems.com Inc. relied upon the Cyberpiracy Act, 15 U.S.C. & 1125 (1999).

37. (2000), 58 U.S.P.Q.2D (BNA) 1160, (Fullam, Sr. J., United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. The e-mail and telephone call that included an offer to sell the domain name were sufficient to confer specific jurisdiction upon the Court.

38. The plaintiff ceased to participate in the action, thus Nutrisystems.com Inc. brought a motion for an adjudication of contempt against the plaintiff. This motion was denied. 2001 U.S. Dist. LEXSIS 5372.

39. The court also noted that Pennsylvania had already assumed jurisdiction and was the more convenient forum to determine the issues raised in this action. *Supra* note 35 at 344.

*British Columbia Automobile Association v. O.P.E.I.U.*⁴⁰ has the court had the opportunity of rendering a decision on the substantive issues. A final order was issued in *Saskatchewan Star Phoenix Group Inc. v. Noton*⁴¹, but on the basis of a default judgment. In the provincial courts, broader legal principles such as potential breach of fiduciary duty, freedom of speech and jurisdiction have been invoked to assist the courts. However, the reach of their application has been limited due to the nature of procedural issues.

Assessment

The fact that the majority of cases have dealt with only procedural motions and applications for injunctions would make any assessment difficult. Only two of the fifteen Canadian cases dealing with domain name disputes have issued decisions on the substantive issues. Despite the very expansive and thorough reasoning of Sigurdson J. in the *British Columbia Automobile Association v. O.P.E.I.U.*⁴², one could argue that it is too early to make any opinion of legal precedent in this area. As stated in *Molson Breweries v. Kuettner*, the law in respect of domain names is merely nascent⁴³. Several of the cases have had subsequent motions and applications and have not yet been listed for trial⁴⁴.

However, a current search in the Internet of the disputed domain names from both the federal and the provincial superior courts has revealed just how checkered and dubious the court system has been in resolving domain name disputes. In the fifteen cases, five cases in which the party challenging the domain name has been successful, none of the domain names could be found when the search was conducted⁴⁵. A search of the domain name in the one case

40. *Supra* note 23.

41. *Supra* note 20.

42. *Supra* note 23.

43. *Supra* note 14.

44. For example, *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Inc.*, *supra* note 3; *Weight Watchers International v. Vale Printing Ltd.*, *supra* note 6; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Tedmonds & Co.* *supra* note 25 and *Easthaven, Ltd. v. Nutrisystem.com Inc.* *supra* note 35.

45. The last search was conducted on November 1, 2002. Cases in which the challenger was successful were, *Bell Actimedia Inc. v. Puzo*, *Sprint Canada Inc. v. Merlin International Communications Inc.*, *Saskatchewan Star Phoenix Group Inc. v. Noton*, *Innersense*

wherein the court declined jurisdiction has resulted in a transfer to the web site of the party that challenged the name⁴⁶. These results were to be expected.

Cases in which the challenging party has had no success have had interesting search results. In four cases in which the challenging party was unsuccessful in obtaining an injunction, the domain names could not be found in a current search⁴⁷. In another case, the search resulted in a transfer to the corporate web site of the unsuccessful party⁴⁸. In these cases the original owner of the domain name entered into a settlement agreement with the challenger, altered its expectation of the worth of the domain name or simply abandoned the name as a result of some business decision. Finally, in the four cases in which the challenger had no success, the domain names were still in use by the successful party⁴⁹.

Because most of the cases have not progressed to trial, any analysis based on procedural outcome would be, at best, tentative. However, it could be argued that going to trial, and even the court system itself, might not necessarily be the best avenue to address domain name disputes. The court system with its propensity to resort to procedure to resolve disputes has been time consuming and costly. Taking years to resolve a dispute that relates to an address in the Internet has been wasteful for two reasons. Technological changes have not waited for time consuming court challenges. New top-level domains have been created for registration of new domain names that might not be technically identical to ones already challenged. Second, prolonged disputes have resulted in economic waste. Legal costs and foregone use have created business opportunity costs that users have been reluctant to absorb.

International v. Manegre and Itravel 2000.com v. Itravel2000.com Inc. v. Fagan, supra note 31.

46. *Easthaven, Ltd. v. Nutrisystem.com Inc. supra* note 35.

47. The last search was conducted on November 1, 2002. Cases in which the challenger had no success but domain names are not in use were, *Weight Watchers International v. Vale Printing Ltd., PEINET Inc. v. O'Brien, Airline Seat Co. v. 1396804 Ontario Inc. and British Columbia Automobile Association v. O.P.E.I.U.*

48. *Molson Breweries v. Kuettner, supra* note 14.

49. Challenged domain names still in use were, *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Inc., Toronto.com v. Sinclair, Canada Post v. Epost Innovations Inc., Bell Expressvu Limited Partnership v. Tedmonds & Co.*

The New Approach

Another venue for the resolution of domain name disputes had been in the works even as the Canadian judiciary dealt with the above-noted cases. Network Solution, Inc. (NSI), which registered top-level domain names in «.com», «.net» and «.org», had a simple, but unworkable dispute policy in place by mid 1995. Because NSI administered its dispute policy, it too often found itself involved in expensive litigation. Also, the dispute policy met criticism from several quarters that NSI was merely protecting its own self interest and had not taken into account the interests of the Internet community as a whole⁵⁰. In a parallel development, the Internet Society formed the International Ad Hoc Committee («IAHC») at the request of the Internet Assigned Numbers Authority to enhance the general class of the generic top-level domains. IAHC's report, published in 1997, included recommendations and provisions to deal with domain name disputes⁵¹.

Before long the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers («ICANN») adopted the Uniform Dispute Resolution Policy («UDRP») and rules which set up administrative proceedings independent from NSI for the resolution of domain name disputes⁵². This system was not intended to replace recourse to the courts, but to provide an expeditious forum for the resolution of a domain name dispute. Under the rules, a dispute could be processed and decided by a panel within three months⁵³. The UDRP and rules have been in place since October 1999 and panels have heard thousands of cases⁵⁴.

50. Natheson, *Showdown at the Domain Name Corral : Property Rights and Personal Jurisdiction over Squatters, Poachers and Other Parasites* (1997), 58 U. Pitt. L. Rev. 911 and G. P. Albert, *Right on the Mark : Defining the Nexus Between Trademarks and Internet Domain Names* (1997), 15 J. Marshall J. Computer & Info. L. 277.

51. See Final Report of International Ad Hoc Committee : Recommendations for Administration and Management of gTDLs «<http://www.iahc.org/draftt-iahc-recommend-00.html>». See also, Memorandum of Understanding for the Internet Council of Registrars «<http://www.gtld-mou.org/docs/core-mou.htm>».

52. ICANN is a non-profit corporation that was formed to assume responsibility for managing the domain name system. This function was previously performed under U.S. Government contract by IANA. See, «<http://www.ican.org/urdp/urdp-schedule.htm>».

53. See policy at, «<http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>». For rules, see, «<http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>».

54. For a listing of all cases, see, «<http://www.arbiter.wipo.int/domains/cases/all/html>».

During the 1990s, the Internet was growing at an explosive rate in Canada as well. Discussions in the 1997 Canadian Internet Conference led to the formation of the Canadian Domain Names Consultative Committee to address reform of the .ca domain to a more commercial type of operation. The Committee recommended that a private sector non-profit corporation be set up to take over the administration of the .ca from the University of British Columbia⁵⁵. In late 1998, the Canadian Internet Registration Authority (CIRA) was incorporated to assume this function. In early 1999, the federal government formally recognized CIRA as the new administrator of the .ca and by December 2000, IANA had re-delegated the .ca top-level domain to CIRA⁵⁶.

In November 2001, CIRA had developed and published its own *Domain Name Dispute Resolution Policy* («policy») and *Domain Name Dispute Resolution Policy Rules* («rules»)⁵⁷. The policy and rules became contractually incorporated into every .ca domain registration agreement⁵⁸. Although the policy and rules were based on those developed by ICANN, several modifications in terminology have been introduced⁵⁹. One important change has been the requirement that the complainant satisfy the Canadian Presence Requirements for Registrants⁶⁰.

55. See, «http://www.cira.ca/en/about_docs.html».

56. For formal recognition, see, «<http://www.iana.org/reports/industry-canada-letter-10oct00.htm>». For re-delegation, see, «<http://www.iana.org/reports/ca-report-01dec00.htm>».

57. For the policy, see, «http://www.cira.ca/en/cat_dpr_policy.html». For the rules, see, «http://www.cira.ca/en/cat_dpr_rules.html».

58. See, «http://www.cira.ca/en/doc_Registration.html».

59. For example, legitimate interests and bad faith in paragraph 3 of the CIRA policy have had their meanings altered slightly in order to address challenges with the WIPO definitions in paragraph 4.

60. CIRA had determined that the .ca domain space should be developed as a key public resource for the social and economic development of all Canadians. Thus, after November 8, 2000, all registrants must meet Canadian Presence Requirements. Only the following individuals or entities will be permitted to register, hold and maintain a domain name : a citizen, permanent resident, legal representative of them, corporation, trust, partnership or association, trade union, political party, educational institution, library, archive, museum, hospital, Indian band, aboriginal people, government or owners or trademarks or official marks. The Guidelines have spelled out in detail the level of Canadian presence to meet the requirement. See, «http://www.cira.ca/official-doc/47.RPPG_00006EN.txt».

The purpose of the CIRA policy is to provide a forum in which cases of bad faith registration of .ca domain names can be dealt with relatively inexpensively and quickly⁶¹. The policy and rules have set forth terms and conditions for the resolution by arbitration of a domain name dispute. The dispute resolution process is called a «Proceeding». The «Complainant», the person initiating the proceeding, submits a complaint to a «Service Provider», the body that administers the dispute resolution process. The «Registrant» is the person who has obtained the registration of a domain name that is in dispute. To accomplish the stated purpose of the policy, the rights of the complainant and registrant and the obligations of the panel and provider have been finely balanced in the rules. Further, each step of the process is procedurally controlled by the rules.

The Complaint

A proceeding is commenced when a complainant submits a complaint to a service provider⁶². The complaint must be submitted in English or French, and be in hard copy as well as electronic form. The contents of the complaint are laid out in the rules. The complainant must specify the basis upon which CIRA's Canadian Presence Requirements are satisfied. The complaint must also state how and to whom any communication for the complainant must be transmitted. The name of the registrant and its registration information known by the complaint must be provided. Every registration that is the subject of the complaint and the identity of the registrars of each registration must be specified.

The substantive contents of the complaint are laid out in the rules⁶³. The particulars for the basis of the complaint must be drafted in no more than 5000 words and be in accordance with the policy. Three key elements must be

61. *Supra* note 57, the policy para. 1.

62. *Ibid.* See the policy, para. 2 and the rules, para. 3. After the complaint has been submitted, the proceeding may not be terminated except by written consent of the parties and notice by them to the provider. See, para. 8 of the rules. Further, upon receipt of the complaint from the provider, CIRA will not allow the registration of the domain name that is the subject of the complaint to be cancelled or transferred. See, para. 2.4 of the policy.

63. *Ibid.*, the Policy, para. 3.2.

shown. First, why the registrant's domain name is confusingly similar to a mark in which the complainant had rights prior to the date of registration must be shown⁶⁴. Second, why the registrant has no legitimate interest in the domain name must be proven. Third, why the registrant is considered as having registered the domain name in bad faith must be stated⁶⁵. A summary of relevant Canadian law together with references to prior dispute resolution proceedings must be provided. In addition, trade-marks upon which the complaint is based must be specified as well as a description of goods, services or business activities for which the trade-mark has been used.

There are several other details as to the form of the complaint that must also be complied with. Up to 5 candidates from the service provider's list shall be nominated by the complainant to serve as panelists. The remedy must be specified. There must be a request that the complaint be submitted for a decision in accordance with the policy and rules. The complaint and any annexed schedules must be submitted to the service provider in 5 hard copies. Finally a certificate that obliges the complainant to agree to be bound by the policy and the rules must be included⁶⁶.

The Response

The response must be filed with the provider within 20 days of the actual or deemed receipt of the complaint⁶⁷. Five hard copies of the response together with any schedules must be submitted in either English or French to the service provider⁶⁸.

64. *Ibid.* For the meanings of «Mark», «Rights» and «Confusingly Similar», see the Policy, para. 3.2, 3.3 and 3.4.

65. *Ibid.* For the meanings «Use», «Legitimate Interests» and «Registration in bad faith», see the Policy, para. 3.5, 3.6 and 3.7.

66. *Ibid.* Appendix «A» of the policy is the Complainant's Certificate. The complainant agrees to be bound by CIRA's policy and rules. The complainant also agrees to release CIRA, the provider, registrar and panel from any liability. The complainant also agrees to submit to the jurisdiction of the Registrant should the panel decision be appealed to superior court in Canada.

67. *Ibid.* The response is governed by para. 5 of the rules.

68. *Ibid.*, the rules, para. 2. Communication of the complaint from the provider to the registrant must be in both English and French. The language of the response is determined by the registrant.

As in the case of the complaint, the form of the response is clearly set out in the rules⁶⁹. The name of the registrant together with its address, or its authorized representative and how communication is to be conducted must be provided. Up to 5 panelists from the service provider's list who can function in the language of the proceeding must be nominated. The evidence and arguments in the complaint must be responded to in not more than 5000 words. Why the domain name should be maintained as is and why the registrant has a legitimate interest in it must also be included within this limit. A summary of relevant Canadian law that includes any prior decisions of CIRA proceedings shall be provided.

If the registrant can prove on the balance of probabilities that the complaint has been commenced in bad faith, then up to \$5,000 for costs may be claimed⁷⁰. In no more than 1000 words the registrant must show that the complaint has been commenced unfairly and in a wrongful attempt to cancel or obtain a transfer of the domain name. The costs claimed must be related to those incurred by the registrant in responding to the proceeding.

The registrant may seek an extension of time by making a written request to the provider before the response is due. The provider might, in exceptional circumstances, extend the filing period for up to 20 days. The period for filing the response may be consented to in writing by the parties provided the provider has also approved this agreement. However, the provider has the discretion to determine whether exceptional circumstances warrant an extension and the length of the extension.

The response must conclude with a certification by the registrant that the information in the response is complete and accurate. Further, any assertions in the response must be warranted by the policy, the rules or the law as it exists or as it may be extended by argument in good faith⁷¹. The registrant must also agree that any challenge to the decision of the proceeding be submitted to a

69. *Ibid.*, para. 5.2 of the rules.

70. *Ibid.*, para. 5.2(h) of the rules. Under Appendix «A» of the rules, the complainant has agreed to pay these costs if ordered by the panel to do so. The amount is to be paid to the provider in trust.

71. *Ibid.*, Appendix «B» of the rules.

superior court of any province or territory in Canada that has jurisdiction over the registrant⁷².

The Panel

The rules not only empower the panel to conduct the proceeding, but also oblige each panelist to make a declaration of impartiality and independence⁷³. Before accepting an appointment, each panelist must disclose to the provider any circumstances that could bring impartiality or independence into question. Even if such circumstances do not arise until after a proceeding commences, a panelist must make prompt disclosure to the service provider who has the discretion to appoint a substitute panelist. If discretion is exercised to appoint a new panelist, the service provider must appoint a replacement as soon as possible.

The proceeding must be conducted in a manner the panel considers appropriate in accordance with the policy and the rules⁷⁴. The parties must be treated with equality and each party must be given a fair opportunity to present its case. The panel is empowered to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence. The complaint and response constitute the complete record to be considered by the panel. Neither party has the right to submit further evidence or argument unless requested by the panel to do so⁷⁵.

Normally, the proceeding does not include an in-person hearing of any kind⁷⁶.

The panel must ensure that the proceeding has taken place in a timely manner, but in exceptional cases, time limits set down in the rules may be

72. *Ibid.*, If no court has jurisdiction over the registrant, then there is agreement to submit to the court that has jurisdiction over the provider, or if none, to the jurisdiction of the superior court in the city of Ottawa. Appendix «B» para. 2.

73. *Ibid.*, para. 7 of the rules.

74. *Ibid.*, para. 9 of the rules. The proceeding and all documents must be in English or French or a combination of the two languages. See, para. 10 of the rules.

75. *Ibid.*, para. 11.1 of the rules.

76. *Ibid.*, para. 11.3 of the rules. This also excludes any hearing by teleconference, videoconference and web conference.

extended⁷⁷. This extension may be at the request of a party or upon the panel's own motion. Any written request by a party must be decided in accordance with the policy and the rules. In the absence of exceptional circumstances, failure to comply with a time period established by the rules will force the panel to proceed to a decision. The panel is empowered to draw such inferences from such default, as it considers appropriate⁷⁸.

The panel must produce a written decision on the basis of the evidence and argument submitted and in accordance with the policy and the rules and any laws and principles of the relevant provincial or territorial jurisdiction⁷⁹. The standard of proof is based upon the balance of probabilities⁸⁰. The decision must be forwarded to the service provider within 21 days of the appointment of the panel. The decision is made by a majority of the panelists and any dissenting opinion must accompany the majority decision. The decision must be communicated within 3 days to the parties, the relevant registrar and CIRA. The decision is then published on CIRA's web site and the web site of the service provider⁸¹.

The panel may decide in favour of the registrant and deny the request to cancel or transfer a domain name. If the panel has decided in favour of the complainant, the panel will then determine whether the registration of the domain name is to be cancelled or transferred to the complainant⁸². But, if the registrant has been successful and has proven that the complaint was commenced in bad faith, then the panel might order the complainant to pay costs incurred by

77. *Ibid.*, para. 9.1 of the rules. If a party does not comply with a time frame, the panel, in the absence of exceptional circumstances, must proceed to a decision of the complaint. Para. 11.4 of the rules.

78. *Ibid.*, para. 11.5 of the rules.

79. *Ibid.*, para. 12.1 of the rules.

80. *Ibid.*, para. 4.1 of the policy.

81. CIRA will implement a decision to cancel or transfer a domain name as soon as practicable, but no sooner than 60 days after notification by the service provider. If a domain name is to be transferred to the complainant, then the transfer will be effected after the complainant enters into a registration agreement with CIRA. See, para. 4.5 of the policy.

82. *Ibid.*, para. 4.3 of the policy.

the registrant in responding to the proceeding. An amount of up to \$5,000 may be ordered⁸³.

The Service Provider

Ostensibly the service provider administers all proceedings⁸⁴. However, in reality, the service provider ensures that the proceedings comply with the rules and policy to the greatest extent possible. The service provider receives all communications from the parties and ensures that they are dealt with in compliance with stated time frames⁸⁵. The service provider receives the complaint from the complainant and has three days to ensure that the complainant is eligible and that no deficiencies exist⁸⁶. If the service provider is not satisfied, then notice of all non-compliance must be given to the complainant within 10 days following the latest receipt of both electronic and hard copy versions. The complainant has 10 days to correct all deficiencies to the satisfaction of the service provider, otherwise, the proceeding will be deemed to have been withdrawn.

In cases when the service provider is satisfied that there has been administrative compliance, the complaint in both English and French is promptly sent to the registrant by whatever means available⁸⁷. The registrant's response is received and reviewed by the service provider to ensure administrative compliance⁸⁸. Both the registrant and complainant must be given notice of the nature of all deficiencies. Any deficiencies must be corrected within 10 days by the registrant to the satisfaction of the service provider, otherwise, the panel must decide the proceeding on the basis of the complaint. The service provider must approve any request for an extension of time. The service provider has the discretion to determine whether exceptional circumstances exist to warrant an extension, and if so, the length of the

83. *Ibid.*, para. 12.6 of the rules and 4.6 of the policy. This amount is paid to the service provider in trust for the registrant.

84. *Ibid.*, para. 1.6 of the policy.

85. *Ibid.*, para. 4.1, 4.2, 5.4, 5.6, 6.4, 6.5, and 7.3 of the rules and para. 4.4 of the policy.

86. *Ibid.*, para. 1.4 of the policy and para. 4.2(b) of the rules.

87. *Ibid.*, para. 2.1 of the rules.

88. *Ibid.*, para. 5.5 of the rules.

extension⁸⁹. As soon as the response is in administrative compliance, the service provider must promptly send it to the complainant.

The service provider is also instrumental in the selection of the panelists and their appointment⁹⁰. The service provider must maintain on its web site a list of qualified candidates who may serve as panelists. If the language of the complaint and response is not the same, the service provider must take steps to ensure that the parties have selected suitable candidates. In such circumstances, the provider must give the complainant an opportunity to re-nominate candidates who can function in both languages from the list of the service provider. The service provider must appoint three panelists nominated in common by both parties, or if only two names are the same, then those two together with one selected by the service provider. If only one panelist is nominated in common by both parties, then the service provider selects two others. If no panelists are nominated in common by the parties, then the service provider must select all three panelists. The service provider has an obligation to select panelists at random from its list⁹¹. The panel must be appointed within 5 days after receipt of the response.

If the registrant does not submit a response, then the service provider must notify the complainant of its opportunity to convert the 3-member panel into a single member panel⁹². If the complainant wishes to exercise this option within 5 days, written notice of agreement to the conversion must be given to the service provider. The service provider must then select a member who was not on the list nominated by the complainant. If the complainant fails to request the conversion, then the service provider must select one from the complainant's list of nominees.

The service provider appoints the panel. Notice must be given to the parties of the appointed panelists and of the date by which a decision is to be forwarded to the service provider⁹³. The service provider must select the chair

89. *Ibid.*, para. 5.4 of the rules.

90. *Ibid.*, para. 6.1 and 6.4 of the rules.

91. *Ibid.*, para. 6.7 of the rules.

92. *Ibid.*, para. 6.5 of the rules.

93. *Ibid.*, para. 6.8 of the rules.

of a 3-member panel, but shall favour any panelist whom the parties have in writing agreed to chair the panel. Any disclosure concerning circumstances of impartiality or independence of panelists must be made to the service provider. For disclosures before appointment or even during a proceeding, the service provider has the discretion to appoint a substitute panelist⁹⁴.

The panel's decision is communicated to the service provider, who must within 3 days of receipt, communicate the full text of the decision to each party, the relevant registrar and CIRA⁹⁵. The service provider must publish the full decision on its Web site. If the panel has ordered the complainant to pay any amount to defray the registrant's costs, the money is transferred to the service provider to be held in trust for the registrant. Finally, if a party initiates any legal proceeding or arbitration during a proceeding in respect of the domain name dispute, the service provider must be notified. The service provider must exercise its discretion to decide whether to stay or to terminate the proceeding or to proceed to a decision⁹⁶.

Court Intervention

A proceeding to resolve a domain name dispute under the CIRA policy and rules is not a substitute to resolution by the courts, but rather an alternative. Neither the policy nor the rules declares that a decision of a panel is final and binding. Nor do they mandate the proceeding as a compulsory first step in resolving a dispute. In fact, the policy explicitly states that the availability of a proceeding pursuant to the policy does not prevent the registrant or the complainant from submitting the dispute to a judicial or other administrative forum⁹⁷. The only obligation upon a complainant or registrant during the course of a proceeding is to give notice to the panel and service provider that it has become party to a legal action⁹⁸.

94. *Ibid.*, para. 7.1 of the rules.

95. *Ibid.*, para. 12.7 of the rules.

96. *Ibid.*, para. 13.2 of the rules. Or, if the panel has been appointed at the time of the disclosure, then the panel has the discretion to make this decision.

97. *Ibid.*, para. 1.7 of the policy. However, the proceeding will be governed by the rules and policy of CIRA unless otherwise agreed to by the complainant, registrant and the service provider.

98. *Ibid.*, para. 13.1 of the policy.

Despite this open invitation, few domain name disputes have been resolved in the courts since the adoption of the ICANN and CIRA alternate forums of dispute resolution. The speed with which a dispute may be dealt with has resulted in the resolution of thousands of cases in many countries⁹⁹. The streamlined and managed procedure of this non-court forum, with less attention to motions and delays, has been an attractive alternative.

However, the courts have a broader role than just the resolution of disputes between parties. The courts provide a supervisory role by way of judicial review of orders to check the excesses of government. For example, appeals of panel decisions under the policy can be heard by way of equitable actions for declarations. The courts also provide a superintending role whereby the validity of another court's order or the order of an administrative body may be challenged by collateral attack in some situations. These applications are few in terms of the number of domain name disputes. The first Canadian decision dealing with a panel decision is that of the Ontario Superior Court of Justice in *Black v. Molson Canada*¹⁰⁰.

Douglas Black had registered the domain name «www.canadian.biz». He had secured the name through an online auction that was open to the general public. Mr. Black who had participated in the Canadian E-Business Opportunities Roundtable was familiar with the potential of e-commerce and had planned to use his domain name for a profit-seeking venture. Molson Canada demanded that he transfer the domain name to it because Molson's had a well-known beer called «Canadian» that was subject to a Canadian trade-mark. Mr. Black responded by stating that he had no intention of using this generic domain name in connection with beer or other Molson products. Molson

99. WIPO has heard over 1500 cases, see «<http://arbiter.wipo.int/cgi-bin/domains/search/SearchCaseCat?lang=eng>» and National Arbitration Forum has heard close to 3000 domain name cases, see «http://www.arbitration-forum.com/domains/caseresults_test.asp?FullText=&SearchType=EXACT&CaseNo=&CaseName=&Domains=&CommenceDate=&DecisionDate=&Complainant=&Respondent=&Status=&RulesetID=&Sort=CaseNo». To date CIRA has had only 5 cases (last checked, April 9, 2003).

100. (2002), 60 O.R. (3d) 457; 115 A.C.W.S. (3d) 311 (O.S.C.J., Wright J.).

admitted that the sole reason for claiming the domain name was its concern that the name might be used inappropriately in the future.

Molson Canada commenced a complaint against Mr. Black on April 26, 2002 in the National Arbitration Forum, which is a dispute resolution service provider accredited by ICANN¹⁰¹. A single panelist was appointed on May 30, 2002 and the panel's decision of June 11, 2002 directed that the domain name be transferred to Molson Canada. The panel noted that the domain name was identical to the mark in which the complainant had rights. The panel also was of the opinion that the assertions made by Mr. Black in relation to his planned use of the domain name could «be characterized only as an unsupported, self-serving allegation» that was insufficient to establish any rights or legitimate interests¹⁰². In addition, Mr. Black's registration of the domain name 4 years after Molson Canada's registration of its trade-mark, and 50 years after its first use constituted bad faith¹⁰³.

Mr. Black applied to the Ontario Superior court of Justice for a declaration that he was the owner of «www.canadian.biz». The Court reviewed the criteria used by the panel in arriving at its decision. These criteria were the elements required by the Uniform Dispute Resolution Policy of ICANN to obtain an order that the domain name be transferred. The Court was of the opinion that a domain name identical to a registered trade-mark in which a complainant had rights should not be the end of the inquiry because the registered trade-mark did not give Molson Canada exclusive use of the word

101. This dispute was heard under the «Start-up Trademark Opposition Policy» (STOP) which is a Dispute Resolution Policy adopted by ICANN on May 11, 2001. See, «http://www.neulevel.biz/stop_overview/index.htm». It is to be used in trade-mark based domain name disputes. Although the process is very similar to the Uniform Dispute Resolution Policy, STOP carries a lower burden of proof. Unlike the Uniform Dispute Resolution Policy where a claimant must demonstrate that a domain name registrant both registered and used a domain name in bad faith, STOP allows a claimant to prevail where he or she demonstrates that a domain name was either registered or used in bad faith. See, «http://www.neulevel.biz/stop_overview/stop_overview.htm». The Policy adopted by CIRA simply requires that the registrant registered the domain name in bad faith. *Supra* note 57, para. 3.1(c).

102. *Molson Canada v. %2d%2d* Claim No. FA0204000223451 at 4 (Robert R. Merhige, Jr., Panelist).

103. *Ibid.* at 5.

«Canadian». The trade-mark did protect the use only with respect to beer¹⁰⁴. The Court applied a subsequent American arbitration case that had refused to order a transfer of the domain name «www.american.biz» because the word «American» was geographically descriptive and therefore not capable of protection by the trade-mark owner¹⁰⁵. The Court concluded that there was no evidence of infringement of the use of the trade-mark name in this case and that Mr. Black should be able to continue to use the domain name.

The Court did not agree with the panel that Mr. Black had not established that he intended to use the domain name primarily for bona fide business purposes. The Court noted that one restriction of registering a «.biz» domain name was that there must have been an existing use or intention to use it for business purposes. Further, due to the manner in which the domain name had been auctioned off, it was unreasonable to expect that hopeful registrants had spent a great deal of time developing business plans. The Court also disagreed with the finding of bad faith by the panel. The Court noted that if the panel was correct, then the only person who could have registered «www.canadian.biz» without bad faith was Molson Canada.

Therefore, the Court declared that Mr. Black was the rightful registrant of the domain name and that Molson Canada had no valid rights, title or interest in «www.canadian.biz».

The decision was brief and straightforward in its disagreement with the panel's conclusions. However, the Court did not say why it exercised its discretion to grant the declaration. Mr. Black did not apply for judicial review of the decision of the panel. Could the order of declaration be considered a collateral attack on the panel's decision? If not, then would issue estoppel be applicable in these circumstances? Further, would Mr. Black have been successful had he applied for judicial review of the panel's decision?

104. The trade-mark registration details stated that the applicant disclaimed the right to exclusive use of the word «Canadian» in all wares except alcoholic beverages, namely beer. *Supra* note 100 at 315.

105. *American Airlines v. WebWide Internet Communication GmbH*. Claim Number : FA0204000112518.

Attack or Review by the Courts?

Decisions of panels under the Uniform Dispute Resolution Policy adopted by ICANN or the policy of CIRA do not originate from any statutory source. However, both the complainant and registrant have agreed to be bound to the terms and conditions set out in the policy and the rules for the resolution of a domain name dispute. The complainant voluntarily accepts this alternate process at the time the complaint is launched¹⁰⁶. The registrant agrees to submit to any dispute relating to its domain name by a third party in the contract with the registrar¹⁰⁷. This occurs at the time the domain name is registered. Thus, the panel would be regarded as a consensual tribunal in administrative law.

Is the decision of a consensual panel amenable to review by the courts? In the traditional common law, decisions of consensual tribunals were not amenable to the prerogative remedies¹⁰⁸. These decisions were of a «domestic» nature and not scrutinized as to their correctness by the courts. On the other hand, there is case law that has allowed the prerogative remedies to issue against consensual bodies¹⁰⁹. Procedural reforms have made the statutory versus non-statutory distinction less important in certain jurisdictions¹¹⁰. Moreover, private law remedies such as the declaration are not restricted to statutory proceedings and now application for judicial review in certain jurisdictions can be used to obtain traditional private law as well as prerogative remedies¹¹¹. In appropriate

106. *Supra* note 57. See, the rules, Appendix «A».

107. Registration agreement Articles 3.1(a)(iv) and 10, «<http://www.cira.ca/official-doc/registrar-agreement-11-01.txt>». See also the rules, *supra* note 57, Appendix «B».

108. *Skoreyko v. Belleville* (1991), 115 A.R. 61 (Alta. C.A.).

109. For example, see, *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 1 S.C.R. 555. In *Telecommunication Workers Union v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564, the majority of the Supreme Court of Canada upheld a consensual arbitrator's award, but proceeded on the assumption that it could be subject to judicial review if there had been a jurisdictional error.

110. See, *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1; and the *Federal Court Act*, R.S.C. c. F-7 ss. 18 and 28.

111. See, Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (Toronto : Carswell, 1999) at 510. However, in Ontario, a declaration in a non-statutory context may be available under the Rules of Court : Rule 14.05(3)(g) : see D. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2000), 3d ed., 550.

proceedings, then, panel decisions under the CIRA and ICANN policies should normally be amenable to review by the courts.

Mr. Black sought a declaration that he was the rightful registrant of the domain name and that Molson Canada had no rights to the domain name to prevent his registration of it. As Mr. Black did not ask for a judicial review of the panel's decision, the declaration was in essence a collateral attack on the panel's decision. Unfortunately, the Court gave no reasons for exercising its equitable jurisdiction the way it did.

Collateral Attack

Normally an order made by a court having jurisdiction to make it stands and is binding unless it has been set aside on appeal or lawfully quashed¹¹². Nor can such an order be attacked in proceedings other than those, whose specific purpose has been to reverse, vary or nullify the order¹¹³. The Supreme Court of Canada has articulated factors to be considered when determining whether an administrative order can be subject to a collateral attack¹¹⁴. These factors include the wording of the statute from which the power to issue the order is derived, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the nature of the collateral attack in relation to the expertise or purpose of the tribunal, the penalty for failing to comply with the order and most importantly, the legislature's intention as to the appropriate forum¹¹⁵.

Responses to several of these factors can be found in the policy of the alternate dispute resolution process. The purpose of a proceeding under the policy is to provide a forum to deal inexpensively and expeditiously with a bad faith registration of a domain name. The policy articulates the considerations to be taken into account to determine the basis of the complaint and the powers

112. *Wilson v. The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.).

113. *Ibid.* at 599.

114. *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706.

115. *Ibid.* at 729.

of the panel to issue specific orders¹¹⁶. Definitions of key words for consideration by the panel are stated and how evidence is to be weighted, on the balance of probabilities, is also stated¹¹⁷. However, no process of appeal, or review, of the panel's decision is provided in the policy. While the lack of a right to appeal a decision within the policy itself is an important factor in considering a collateral attack, it should not be decisive.

The question as to whether the court can determine the validity of the panel's decision on a collateral basis depends on whether the policy intended the court as opposed to the panel to be the appropriate forum for making a final decision. The policy does state that the availability of a proceeding pursuant to the policy does not prevent either the registrant or the complainant from submitting the dispute between them to a judicial proceeding at any time for independent resolution¹¹⁸. However, the rules restrict the service provider's discretion to stay or terminate a Proceeding under the policy to when legal proceedings have been commenced prior to or during a Proceeding. The policy does permit recourse to the courts when circumstances have mushroomed into issues broader than bad faith registration under the policy. Further, the submissions of the parties may bring to light issues not covered by the policy, thus recourse to the courts is not blocked by the existence of the policy itself.

116. The policy, para. 3.1 and 4.3. The panel has power only to deny the complaint, or if the panel decides in favour of the complainant, whether the registration should be cancelled or transferred to the complainant.

117. The policy, para. 3.2 to 3.5 and 4.1.

118. The policy, para. 1.7. states, «The availability of a Proceeding pursuant to the Policy will not prevent either the Registrant or the Complainant from submitting a dispute between them to a judicial or administrative proceeding, arbitration, mediation or any other procedure at any time for independent resolution.» The rules, para. 13.2 States, « In the event that any legal proceeding or other arbitration is initiated prior to or during a Proceeding in respect of a domain name Registration dispute that is subject to the Proceeding, the Panel, or if no Panel has been appointed, the Provider, shall have the discretion to decide whether to stay or terminate the Proceeding or to proceed to a decision.» One could argue that «at any time» is not the same as «at any time before or during the Proceeding», and even if it were, the reason the service provider has power to suspend or terminate a Proceeding only during its existence is to conserve resources pending an adverse court decision. Also, after the Proceeding, an adverse court decision could undue the effect of the panel decision without any need for administrative termination. If this be true, why had the applicant to the court not have availed himself/herself of this prior to the final decision?

There are other factors that must be considered to determine whether the Court could use its equitable discretion to attack the panel's decision. The parties had agreed to have their dispute resolved by the alternate resolution process. They had the option, as provided by the policy, to either commence judicial proceedings to resolve their dispute or transfer it to the courts during the dispute resolution Proceeding. Neither party did so until after the panel's decision. It would be contrary to the purpose of the policy to allow an attack on the panel's decision by a losing party. Additional costs and extended time of court action after a decision of the panel would undermine the policy. The credibility of the alternate dispute resolution process would be brought into question despite the carefully drafted policy and finely balanced procedural protections within the rules.

Further, the conclusions that were attacked in the Court decision were the very ones that the policy had mandated the panel to decide. This is not a case of the panel taking into account any extraneous or foreign considerations in making its decision. The Court did not question the validity of the policy requirements that formed the basis of the complaint, but rather disagreed with the panel's conclusion based on the evidence. The panel in *Black v. Molson* did not consider any matter that would cause the panel to lose its jurisdiction. Nor did the Court state what would cause the panel to lose its jurisdiction through the consideration of factors other than those specifically mandated by the policy. The panel merely exercised the powers conferred upon it by the policy to which the parties had agreed.

Finally, there are other reasons that should curtail any collateral attack on the validity of the panel's decision. The policy does not purport to regulate a certain sector of our society's economy, such as regulations covering media, health or the environment. The policy resolves a relatively narrow band of disputes relating to bad faith domain name registrations. *Black v. Molson* is neither a case of a concerned citizen who has brought the excesses of government to the courts nor who has demonstrated any unlawfulness of state action. This case involves the determination of an economic right between two parties, not the determination of a public interest right that carries a penal sanction for contravention. As such, one would question the efficiency of expending judicial resources to allow the collateral attack and to undermine the

administrative integrity of a private administrative tribunal in these circumstances.

Application of Issue Estoppel

Closely related to the issue of collateral attack is the doctrine of issue estoppel. Issue estoppel provides that where there has been a final judicial decision on an issue by an adjudicator of competent jurisdiction, the same parties cannot re-litigate that issue¹¹⁹. The purpose of the doctrine is to ensure finality, to minimize wasteful litigation and to protect successful parties from undue harassment from the losers¹²⁰. Judicial decisions should be conclusive of issues decided unless and until reversed on appeal¹²¹. In the administrative context, issue estoppel helps protect tribunal advantages of speed, expertise and informality against erosion by formal proceedings in ordinary courts¹²².

There are three preconditions that must be met before issue estoppel may be applied. The question to be decided must be the same, the prior judicial decision must have been final and the parties to the judicial decision must be the same¹²³. A common element of these preconditions is that the decision of the prior proceedings must have been judicial. If these preconditions have been successfully established, then the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied.

According to the criteria used by the Supreme Court in this context¹²⁴, the decision by a panel under the policy of the alternate dispute resolution proceedings would likely be considered a judicial decision. Under the policy, the panel has been appointed to consider the evidence submitted by the parties and to render a decision that is implemented by the service provider and the top

119. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460.

120. See D. W. Elliott, *Roundabout Justice : A Comment on Danyluk v. Ainsworth Technologies* (2002), *Alberta Law Review* 977 at 978.

121. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119.

122. Elliott, *supra* note 120 at 979. Professor Elliott articulates the relation between collateral attack and issue estoppel, at 984 – 993.

123. *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248.

124. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119.

level domain authority¹²⁵. The policy directs the panel as to what considerations must be taken into account and how to weigh them. The service provider ensures that the provisions of the policy and rules have been complied with. Specifically, the service provider ensures that both the complainant's and registrant's submissions have been in compliance with the rules and policy. Any deficiencies must be brought to the attention of the complainant or registrant within stated time frameworks to ensure compliance. The panel is empowered under the policy to make a decision that will determine who has right to the domain name in question. Thus the panel has an adjudicative function, not an investigative one.

Have the three preconditions been met in *Black v. Molson*? Mr. Black sought a declaration that was based on the same facts and issues considered by the panel¹²⁶. The same bases were used to prove Mr. Black was the rightful registrant of the domain name as against Molson Canada. Even though either party to the proceeding under the policy had a right to transfer the dispute to the courts either before or during the Proceeding, the panel's decision was final under the policy¹²⁷. Finally, the parties are the same in the Superior Court of Justice as the Proceeding under the policy. Thus, the preconditions have been met and therefore, the decision of the panel could give rise to issue estoppel.

Should the Court have exercised its discretion to apply issue estoppel in these circumstances? The doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and as a protection against an injustice. The exercise of the discretion is case specific and depends upon the circumstances. The discretion must respond to the realities of each case and the application of the

125. The policy, para. 4.2.

126. *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). The Court of Appeal stated that a cause of action has traditionally been defined as comprising every fact which it would be necessary for the plaintiff to prove, if disputed, in order to support his or her right to judgment of the court.

127. It should be noted that in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119, that the Appellant did not avail herself of the potential of review of the employment standards officer's decision. Further, s. 6(1) of the *Employment Standards Act*, S.O. 1996, c. 23, s. 19(1), states that no civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act. The decision of the employment standards officer was considered to be the final in the Supreme Court of Canada.

doctrine must not result in an injustice¹²⁸. The discretion for issue estoppel is as wide as under the rule against collateral attack.

In the circumstances of *Black v. Molson Canada*, it would have been appropriate for the Superior Court of Justice to exercise its discretion in favour of applying issue estoppel. This is not a case wherein the panel's decision had been reached contrary to the principles of natural justice¹²⁹. Each party was guided by the Service Provider to ensure compliance with the policy and rules. This is not a case of any alleged error in carrying out the policy's mandate. Further, neither party exercised the right to transfer this dispute to the courts in circumstances permitted by the policy. Nor is this a case wherein one party would suffer an injustice due to some «stubborn fact» if the court had exercised its discretion to apply issue estoppel¹³⁰.

What has occurred is an attack on the alternate dispute resolution process itself and the undermining of a policy meant to be a relatively quick and inexpensive means of resolving domain name disputes. The parties had agreed to the alternative dispute process and all its consequences. The service provider had ensured compliance with the governing documents. The panel was not comprised of lay persons but a legally trained retired judge who had experience in the field¹³¹. Further, Mr. Black, knowledgeable in the Internet and a self-employed research consultant had not invested a great deal of time or money in the contested domain name. He had agreed to the dispute resolution process at the time of registration of the domain name. Further, there was no unusual fact in existence to create a potential injustice in the circumstances.

128. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119 at 492. At page 494, the Court noted seven factors for consideration to determine whether to exercise discretion : the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the safeguards available to the parties in the administrative process, the expertise of the administrative decision maker, the circumstances giving rise to the prior administrative proceedings and potential injustice.

129. As was *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119.

130. *Ibid.* at 499. Mrs. Danyluk had a claim to commissions worth \$300,000 that never had been properly considered.

131. *Infra* note 155.

Generally, no basis was stated by the Ontario Superior Court of Justice as to the exercise of its discretion to grant the declaration. It is an error in principle not to address the factors for and against the exercise of discretion that the court clearly possesses¹³². This default should be sufficient grounds for an appellate court to intervene.

Judicial Review

Mr. Black did not ask the court for a judicial review of the panel decision. Would he have been successful in such an application? Upon what grounds can a court review the decision of a consensual tribunal? Because the jurisdiction of a domestic tribunal is founded in contract, the terms of the contract must be properly interpreted¹³³. Also, any discretion must be exercised properly and the rules of natural justice must be observed¹³⁴. Therefore, the courts may review errors made of consensual tribunals within their respective jurisdictions as set out in the contract between the parties. On the other hand, the courts will not interfere with a specific question of law that the parties have agreed to have the consensual tribunal determine. In short, the judicial review of these decisions is comparable to the grounds of review of a decision by a statutory body¹³⁵.

Standard of Review

What standard of review should be applied to decisions made by consensual tribunals if the test is the same as the review of a statutory tribunal¹³⁶? The underlying principle is that the parties have chosen to have their dispute determined in a forum other than the courts¹³⁷. The challenge, then, is

132. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119 at 493.

133. *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All E.R. 1175.

134. *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165.

135. *Jones and de Villars*, *supra* note 111 at 511.

136. *Ibid.* at 513.

137. *International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (U.A.W.), Local 720 v. Volvo Canada Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 178. With respect to deference, Laskin C.J.C. at 184 stated, «The underlying principle in that respect has been that the parties, having chosen to have their dispute determined without recourse to the Courts, indeed, having contracted on that basis and being entitled to do so and to have their

to distinguish matters that the parties intended to confer solely on the consensual tribunal from matters that relate to jurisdiction. As in statutory tribunals, the Courts are reluctant to interfere with matters that the legislature intended to be dealt with by the statutory delegate. In consensual tribunals, the only difference is that the source of the authority creating the decision-maker stems from contract, not statute.

What is the standard of review applicable to statutory bodies? In recent years the Supreme Court of Canada has had considerable opportunity to discuss this issue in several cases¹³⁸. Over time the Supreme Court has shifted the application of the «nominate defects» test to the «pragmatic and functional» approach for the purpose of judicial review¹³⁹. The former test includes the traditional categories of bad faith, improper purpose, failing to consider relevant factors or considering no evidence, to review either factual or discretionary aspects of a decision. However, this approach resulted in excessive judicial interventionism, and as a result of calls for restraint, the Supreme Court has shifted to the «pragmatic and functional» approach for substantive judicial review¹⁴⁰.

The approach that the Supreme Court of Canada now adopts is to weigh the relevant functional factors to determine the appropriate standard of review

agreement carried out, there should be a minimum interference by the Courts with the ultimate award.»

138. *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] SCC 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *National Grain Growers Association v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Union des employes de service, Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.
139. For a comprehensive review of the relationship between the traditional grounds and the pragmatic functional approach, see, D.W. Elliott, *Suresh and the Common Borders of Administrative Law : Time for the Tailor?* (2002), 65 *Saskatchewan Law Review* 469.
140. *Ibid.* at 480.

in specific circumstances. Central to this inquiry is the legislative intent of the statute creating the tribunal¹⁴¹. Courts are to identify factors such as the presence of any privative clause, the relative expertise of members of the tribunal, the purpose and wording of the relevant statute and the nature of the tribunal's decision¹⁴². No factor, by itself, will be dispositive, but will be an indication of a level of deference to be shown to the decision in question. The Courts are to weigh these factors to decide if review should occur at a minimal level of patent unreasonableness, at a moderate level of reasonableness, or at a high level of correctness.

Application of Standard to Domain Name Decisions

The purpose of the policy of CIRA is to provide a forum to resolve disputes of .ca domain names that have been registered in bad faith¹⁴³. The goal is to deal with disputes in an inexpensive but expeditious manner. The policy has been developed by experts in intellectual property and sets forth the terms and conditions for resolution by arbitration. The rules under which this process is to be governed have finely balanced the procedural rights of the complainant and registrant. The service provider administers the proceedings and ensures that the rules are complied with in terms of content and procedure. Both complainant and registrant have agreed to be bound by the policy and rules. Therefore, the intent of the policy and the rules is to provide a forum separate from the courts to resolve domain name disputes that fall within the scope of the policy¹⁴⁴.

Under the policy the panel must determine whether the domain name in question is confusingly similar to a mark in which the complainant had rights, whether the registrant has a legitimate interest in the domain name and whether the registrant has registered the domain name in bad faith. This decision determines the rights of the parties and is not a question of balancing entitlements between different constituencies nor of managing any policy

141. See, *Pushpanathan*, *supra* note 138.

142. See, *Bibeault*, *supra* note 138 and *Pushpanathan*, *supra* note 138.

143. *Supra* note 57, the policy, para. 1.

144. *Supra* note 57, the policy, para. 3. In 3.1(a), the policy defines the limits of the dispute and clearly defines what constitutes the basis for the complaint.

development¹⁴⁵. The policy tests are not vague, open-textured nor do they involve any «multi-factored balancing test» that would favour a lower standard of review¹⁴⁶. However, the policy specifies the tests to be considered and defines precisely their constituent elements and states how they are to be weighed¹⁴⁷.

Is the panel's decision one of fact or law? The courts are less deferential of decisions that are determinations of law, but the line to be drawn between questions of law and questions of fact is difficult to determine¹⁴⁸. The policy and the rules leave little discretion to the panel. The service provider ensures that the complaint and the response are in compliance with the policy and the rules. There is no in-person hearing nor contact with the parties by the panel. The only remedies available, denial of the complaint or cancellation or transfer of the domain name, must be applied after evidence and argument found in the written submissions by the parties have been made. The decision must be made in accordance with the policy and rules. The law to be considered is clearly articulated in the policy and the panel is instructed as to what weight should be given to the different tests¹⁴⁹. The decision of the panel is a tightly controlled and considers a very narrow application of the law.

There is no privative clause in the policy. Recourse to the dispute resolution process under the policy does not prevent either party from submitting

145. *National Corn Growers*, *supra* note 138.

146. *Southam*, *supra* note 138.

147. *Supra* note 57. Para. 3 of the policy states precisely what the meaning of «Mark», «Rights», and «Confusingly Similar» mean with respect to the basis for the complaint. Further, para. 4 of the policy states that even if the complainant has proven the confusingly similar requirement as well as bad faith registration, the registrant will still succeed if the registrant proves, on the balance of probabilities, that the registrant had a legitimate interest in the domain name. The detailed meaning of «legitimate interest» and «bad faith registration» are stated in para. 3.6 and 3.7 of the policy.

148. *Southam*, *supra* note 138. In *Mossop*, *supra* note 138 at 559, L'Heureux-Dube J. stated, «In general, deference is given on questions of fact because of the "signal advantage" enjoyed by the primary finder of fact. Less deference is warranted on questions of law, in part because the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. While there is merit in the distinction between fact and law, the distinction is not always so clear. Specialized boards are often called upon to make difficult findings of both fact and law. In some circumstances, the two are inextricably linked».

149. *Supra* note 57.

the dispute to a judicial or other administrative proceeding, arbitration, mediation or other proceeding for independent resolution¹⁵⁰. The presence of a privative clause is normally compelling evidence that the court ought to show deference to a tribunal's decision, but the absence of a privative clause does not necessarily imply a high standard of scrutiny¹⁵¹. Other factors that may indicate the contrary have to be considered. In terms of the policy, the fact that alternate proceedings are so openly available to either party, should not undermine the true intention of policy and parties themselves, namely, to have a conclusive determination of a dispute expeditiously and inexpensively. Otherwise, an aggrieved party with substantial resources could always have recourse to the courts after a decision of the panel. This would result in greater expenditure of resources, extension of time before final resolution and militate against the purpose the policy and original intention of the parties. Thus the absence of a privative clause should not be weighted heavily in determining the standard of review.

The most important factor in settling the standard of review is expertise. As Bastarache J. stated in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, «If a tribunal has been constituted with a particular expertise with respect to achieving the aims of an Act, whether because of the specialized knowledge of its decision-makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act, then a greater degree of deference will be accorded»¹⁵². Further, expertise is to be considered a relative concept, not an absolute one. The evaluation of relative expertise has three dimensions¹⁵³. First, the court must have regard to the expertise of the tribunal in question. Second, the court must consider its own expertise relative to the tribunal and finally, the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise. A decision that involves application of a highly specialized expertise should result in a lower standard of review and will favour a higher degree of deference.

150. *Supra* note 57. The policy, para. 1.7.

151. *Pushpanathan*, *supra* note 138.

152. *Supra* note 138 at 1007.

153. *Ibid.* at 1008.

With respect to the alternate dispute resolution process set up originally up under WIPO supervision and then CIRA, relative expertise takes on new meaning at three levels. First, the policy and rules were promulgated only after serious consideration by experts in the areas of intellectual property and trade-marks. The policy sets out in detail the disputes to which it applies as well as the requirements of proof. The tests to determine whether the domain name in question infringes a registered trade-mark are spelled out and key words have expansive definitions. These tests represent years of case law development and international consensus. The rules carefully articulate a balanced procedure to preserve the rights between the complainant and respondent and the relation of them to the service provider and the panel.

The service providers who must be accredited by CIRA are central to the administration of the proceeding for .ca domain name disputes. The service providers are also experts in the administration of trade-marks and intellectual property. Their responsibilities extend beyond mere process administration. Under the rules, service providers must ensure that the complaint and response are in compliance with the policy and rules. Even though the service provider has no authority to decide matters of a substantive nature, any deficiencies in the complaint or response must be brought into compliance to the service provider's satisfaction. The service provider also sets the standards for appointment of panelists to the service provider's list. The service provider also has the discretion to appoint a new panelist in the event the issue of impartiality or independence arises and who to appoint to a panel in the event that neither party can agree.

The persons on the list of panelists of the two providers in Canada are not lay persons, but all experts in the area of intellectual property and trade-marks. All are lawyers, law professors or retired judges¹⁵⁴. To be placed on the list, panel members must have the confidence of the provider as to integrity and

154. For Resolution Canada Inc., one of the CIRA service providers, see «<http://www2.resolutioncanada.ca/content/list-adjudicators.php>» and for the other service provider, British Columbia International Commercial Arbitration Centre, see, «<http://www.bcicac.ca/cfm/index.cfm?L=70&P=126>». For the National Arbitration Forum, see «<http://www.arbitration-forum.com/about/questions.asp#18>», wherein mostly retired judges are selected.

ability and have demonstrated skills and competence as arbitrators¹⁵⁵. A profile of each member on the list is available on the provider's web-site. The panelists apply a highly specialized expertise and as a result, a high degree of deference should be accorded to the decision of the panel.

When all these factors are weighed together, what should the appropriate standard of review be for a panel's decision? The expertise employed to arrive at a decision is high and should be a major factor in favour of a low standard of review. The articulation of legal tests in the policy together with the mandated weighing of these tests should also favour deference because the question to be addressed by the panel is not one of law, but whether the submissions of the parties have met the tests of the policy. Also the intention of the parties to have a domain name dispute conducted outside the realm of the court by a highly sophisticated procedure should also be a consideration that militates against a high standard of review. On the other hand, the lack of a privative clause could be a factor that would prompt judicial review.

Black v. Molson Revisited

It could be argued that the domain name dispute resolution policy under UDRP or CIRA was never intended to replace litigation, but was intended to ensure that the parties could seek independent judicial resolution of a dispute, regardless of whether its proceeding reached a conclusion¹⁵⁶. Recourse to the

155. For general guideline for selection of panelists for BCICAC, see, «<http://www.bcicac.ca/cfm/index.cfm?L=1&P=70>» and for the National Arbitration Forum, see, «<http://www.arbitration-forum.com/about/questions.asp#18>».

156. See WIPO, The Management of Internet Names and Addresses : Intellectual Property Issues : Final Reporter of the WIPO Internet Domain Name Process 139, 150(iv), at «<http://wipo2.wipo.int/process1/report/finalreport.html>» (April 30, 1999). American cases wherein the courts have not felt bound by the outcome of administrative proceedings include *Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware and Building Supply, Inc.* (2000), 54 U.S.P.2D(BNA) 1766, *Referee Enterprises, Inc. v. Planet Ref, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 9303, *Dan Parisi v. Netlearning, Inc.* 2001 139 F. Supp. 2d 745, *Registral.com, LLC v. Fisher Controls International, Inc.* 2001 U.S. Dist. LEXIS 10002, *Strick Corporation v. James B. Strickland* 2001 162 F. Supp. 2d 372, *Lawrence Storey v. Cello Holdings, LLC* 2002 182 F. Supp. 2d 355, *Eurotech, Inc. v. Cosmos European Travels Aktiengesellschaft* 2002 189 F. Supp. 2d 385, *Barcelona.com v. Excelentísimo Ayuntamiento De Barcelona* 2002 189 F. Supp. 2d 367. See also, D. E. Sorkin *Judicial*

courts would serve as an integral quality control mechanism in the system and protect it against faulty decisions. Further, because the dispute would not necessarily be settled by the proceedings under the policy, no deference to a panel decision need be given in judicial review¹⁵⁷.

On the other hand, judicial review could also be viewed as a mechanism of controlling and supervising decisions of administrative bodies, with or without the existence of a privative clause¹⁵⁸. Canadian Courts have taken an approach wherein several considerations are weighed, with no one factor necessarily being conclusive when determining what level of deference ought to be given to the decision of an administrative body¹⁵⁹. Nor have the Courts allowed administrative law doctrines to preclude review of a decision that has resulted in an injustice¹⁶⁰.

Reform of the domain name dispute resolution policy as a system has become a factor, not necessarily for judicial review, but for the legitimacy of the process itself. Language in the policy that gives trade-mark owners an advantage over domain name owners¹⁶¹, the lack of an internal appellate process and the inability to deal with multiple legitimate claimants to a single domain name have been suggested areas of reform¹⁶². Other suggestions for procedural reform relate to bias in the complainant's rate of success that has resulted in

Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions, (2001), 18 Computer & High Tech. L.J. 35.

157. *Dluhos v. Strasberg* 2003 321 F. 3d 365. The U.S. Court of Appeals for the Third Circuit held that a decision of a domain name panel did not qualify as an «arbitration» under the American *Federal Arbitration Act* 9 U.S.C.S. 10(a)(2)-10(a)(3). As a result, the dispute resolution panel decision was not entitled to an «extremely deferential» review in the federal courts.

158. See, *Canada (Attorney General) v. Mossop*, *supra* note 138 and *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245.

159. *Pushpanathan*, *supra* note 138.

160. *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, *supra* note 119.

161. P.D. Kelly, *Emerging Patterns in Arbitration Under the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (2002), 17 Berkley Tech. L.J. 181.

162. J.J. McMurray *Policy Considerations From a Practitioner's Perspective : The UDRP v. Traditional Litigation : May the Best Process Win* (2001), 20 St. Louis Pub. L. Rev. 379.

forum shopping¹⁶³. A Review Board that could identify cases to be identified as creating binding precedents has also been suggested¹⁶⁴. The Review Board would provide greater predictability, help in eliminating bias and strengthen the legitimacy of the process itself.

In light of the above, was *Black v. Molson* correctly decided? The answer to this question will have to be decided by an appeal court in the future. The Court simply disagreed with the conclusions of the panel with regard to the tests set down in the policy and was of the opinion that there had to be evidence that the domain name infringed the use of the trade-mark name. However, the tests set down in the policy are not meant to determine infringement but rather whether a particular domain name should be either cancelled or transferred, after the tests, individually and collectively, have been applied to the submissions¹⁶⁵.

A collateral attack on the decision of the panel is hard to support according to the tests laid down by the Supreme Court of Canada. In principle, the application of issue estoppel would have been a more appropriate exercise of the Court's discretion. Further, the Court failed to consider the factors for and against its intervention. This omission, by itself, should be grounds of appeal.

Conclusion

Resort to the courts for the resolution of domain name disputes has virtually ceased since the adoption of the alternate forum of ICANN and CIRA. Since their adoption literally thousands of cases have been heard and decided¹⁶⁶.

163. M. Mueller *Rough Justice : An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy* (November 3, 2000), at <http://www.digital-convergence.org> and M. Geist *Fair.com? : An Examination of Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP* (August 18, 2001), at <http://aix1.uottawa.ca/~diff/geist/geistudrp.pdf>. Professor Mueller has recommended random selection of panelists as well as the creation of an appeal process. Professor Geist has recommended three member panelists, caseload minimums and maximums of panelists as well as new quality controls to review panelists' performance. See *supra* note 57, para. 5 of the CIRA rules.

164. D. Armon *Is This as Good as It Gets? An Appraisal of ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy Three Years After Implementation* (2003), 22 Rev. Litig. 99.

165. Or the complaint could be denied.

166. See *supra* note 99.

Expeditious resolution provides an advantage not found in the courts. In addition, the tightly controlled rules of case management and simplicity of remedial action provide a comfort level for litigants not found with resolution in the courts. Delays by way of procedural motion or demands for further particulars are not available in the alternate dispute resolution process. Finally, recourse to the expedited process should be more cost effective.

However, the application of the policy is limited to complaints within its relatively narrow scope, namely, claims involving abusive registrations made with the intent to profit commercially from another's trade-mark¹⁶⁷. Fortunately, the requirements for basing a complaint are clearly articulated and key words have expansive definitions within the policy itself. Anything outside this scope must be resolved through the courts. This would include actions that involve claims involving contract law, fraud, privacy, personality rights, free speech, copyright, fiduciary duties as well as claims involving trade-mark rights beyond the scope of the policy¹⁶⁸.

De novo judicial review may be consistent with the intent of the policy because the policy itself contemplates that the parties may initiate parallel legal proceedings. No doubt the quick streamlining of cases through the procedure sacrifices some degree of reliability and validity. Thus this trade-off may be defeated if the courts were to defer to the decisions of panels. Also, panel decisions based on default cases and decided by sole panelists may set bad precedent thus debasing the value of consistency and predictability. The courts by way of *de novo* review may be able to address the perceived bias of panelists or service providers to maintain public confidence¹⁶⁹. Finally, any imbalance in

167. The policy was originally intended to catch only «abusive registrations» made with the bad faith intent to profit commercially from others' trade-marks. All other disputes must be resolved in the courts. See., ICANN, Second Staff Report on Implementing Documents for the Uniform Dispute Resolution Policy (Oct. 25, 1999), at <<http://www.icann.org/udrp/udrp-second-staff-report-24oct99.htm>>.

168. D. E. Sorkin, *Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions*, 18 Computer & High Tech. L.J. 35 at 47.

169. For potential bias of selection of service providers and appointment of panelists, see M. Geist at <<http://aix1.uottawa.ca/~geist/frameset.htm>>.

the rules between the rights of the trade-mark owner and the registrant can only be resolved by a *de novo* review of a panel's decision¹⁷⁰.

On the other hand, absent any of the above concerns, the court ought to discuss the basis of the collateral attack, the reasons for exercising discretion for applying issue estoppel and – in the event of judicial review - the standard of review of a panel's decision. These are relevant factors dictated by the Supreme Court of Canada. In *Black v. Molson* the court simply reviewed the panel's decision and disagreed with the result. Reasons were not stated to justify the exercise of discretion nor was there any discussion as to a possible level of deference to the panel's decision. The balance among deference, discretion and the standard of review might well be difficult to assess for domain name decisions under the alternate dispute resolution process and might well vary from case to case, but it is an exercise that ought to be articulated.

170. For example, a losing trade-mark owner can seek a legal remedy at leisure, whereas the losing domain name registrant has only 60 days to prepare and file a court challenge to prevent the immediate loss of the domain name (Policy, para. 4.5). This legal challenge may possibly be in a foreign jurisdiction.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE EN DROIT »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **423-425**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12290>

Page vide laissée intentionnellement.

**«LA RECHERCHE DOCUMENTAIRE
EN DROIT»***

par René PEPIN**

Voici un ouvrage extrêmement bien fait, que tout juriste devrait avoir dans sa bibliothèque. Les auteurs sont tous deux avocats, l'un est conseiller à la documentation à la bibliothèque de l'Université Laval, l'autre est professeur à la Faculté de droit de cette même université. La dernière édition de l'ouvrage remonte à 2000, et des mises à jour étaient disponibles sur internet. Cependant, la somme de ces modifications était telle qu'elle justifiait une nouvelle édition.

Comme ils l'expliquent dans la préface, le juriste moderne ne peut plus espérer faire carrière avec un nombre restreint de lois, quelques recueils de jurisprudence et quatre ou cinq volumes de base en doctrine. On sait quel foisonnement les sources du droit ont connu au cours de la deuxième moitié du 20^e siècle. L'accès à l'information prend aussi des formes variées, qu'on n'aurait même pas soupçonné il y a quelques décennies. D'où la nécessité encore plus grande de posséder un bon guide de la recherche documentaire en droit.

Le plan général d'un ouvrage de ce type ne peut faire évidemment preuve d'une grande originalité. Le chercheur veut se faire guider dans la recherche des lois, fédérales ou provinciales, de la jurisprudence et de la doctrine qui lui sont pertinents. Mais les auteurs ont su ici présenter l'information dans une séquence caractéristique et avec des ajouts ou précisions qui en font, à notre avis, un des meilleurs guides disponibles. Ils ont constaté en effet la difficulté de s'y retrouver dans le dédale des sources, malgré l'augmentation des divers moyens d'y accéder.

Le volume comprend une table des matières générale, un plan détaillé au début de chaque chapitre, deux annexes, dont l'une sur les abréviations juridiques canadiennes, une bibliographie et un index général. Dans chaque

*. D. Le May et D. Goubeau, *La recherche documentaire en droit*, 5^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.

**., Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

chapitre il y a un ou des encadrés qui résument l'information la plus pertinente. Le premier chapitre, introductif, est très important. Il explique au novice ce qu'est une recherche documentaire en droit, et pourquoi il faut avoir une méthode de recherche. Il fait prendre conscience de l'importance de qualifier la question sur laquelle on travaille, avant de se mettre à feuilleter des volumes ou «pitonner» sur son ordinateur. Il montre aussi que la recherche documentaire ne supporte pas à elle seule tout l'édifice de l'opinion juridique : encore faut-il rassembler les données, les faits et autres, puis prendre des décisions qui relèvent de la stratégie, comme aller vers la négociation ou la transaction. Le second chapitre rappelle des notions générales sur la législation, avant d'exposer la démarche à suivre pour repérer les lois fédérales ou provinciales. Un tableau fait état des diverses compétences législatives des parlements fédéral et provinciaux sur un grand nombre de sujets, et une section traite des principales étapes du processus parlementaire. On explique aussi quels types de «documents parlementaires» existent.

Les deux chapitres suivants sont relatifs au repérage des lois québécoises et fédérales. Ils ont un plan semblable, traitant des formes de la publication, des modes de repérage de ces lois, de la question de leur entrée en vigueur, de leur modification, et de la question des projets de lois et travaux parlementaires. C'est ici, notamment, que réside toute l'utilité de cet ouvrage. Le chercheur dispose rapidement et clairement tout ce dont il a besoin pour trouver l'information désirée. Il n'a pas à lire le chapitre au complet. Les divers titres l'aiguillent facilement vers la section pertinente. De plus, toutes les questions sont traitées, qu'il s'agisse d'une recherche dans la dernière refonte, dans les statuts annuels, des questions de correspondance entre les numéros des projets de lois et des chapitres, des lois dites d'intérêt public ou privé, des travaux parlementaires, etc. Les chapitres traitent systématiquement de ce qui est disponible dans les livres et au niveau de l'électronique, qu'il s'agisse du réseau internet, des disques compacts ou «cd-roms» ou des banques de données spécialisées en droit, comme celles de la compagnie Quicklaw.

Parlant d'informatique, l'information relative à cet outil de recherche prend une quadruple forme. Il y a d'abord une présentation générale dans l'introduction, puis dans chaque chapitre pertinent on indique les noms des bases de données ou adresses internet disponibles. Ensuite, on compare les avantages

et désavantages de la recherche par informatique et ceux de la recherche dite traditionnelle dans les livres, et enfin, un chapitre distinct est consacré à l'informatique et à la recherche sur internet.

Le chapitre relatif à la jurisprudence se présente de façon conventionnelle en expliquant, après avoir présenté les principaux outils disponibles, comment on peut effectuer une recherche par sujet, par législation citée, par jurisprudence citée, etc. Mais les auteurs ont aussi eu la bonne idée de traiter des nouvelles tendances dans les citations, qui consistent à faire des références multiples et complexes, et de ce qu'on appelle la référence neutre. Ils nous donnent leur avis sur ces questions et suggèrent des règles à suivre.

Il y a aussi un chapitre consacré aux «droits complémentaires», par exemple le droit français, anglais ou américain, droit de l'union européenne et droit international. Il commence par un rappel essentiel du statut des droits français et anglais, notions qu'on doit posséder avant de se lancer dans la recherche de diverses sources juridiques.

Enfin, le chapitre sur le monde de l'informatique fournit des notions très utiles sur la façon d'interroger les diverses bases de données. Les auteurs expliquent d'abord les avantages que peut présenter ce type de recherche. Puis ils montrent comment se fait une recherche automatisée. Ils rappellent des choses essentielles, comme le fait qu'il faut se familiariser avec l'outil en question, et que normalement dans toute base de données il existe de l'information sur les façons d'en connaître le contenu et d'accéder à l'information. Ceci vaut tant pour les disques compacts que pour les informations accessibles sur les sites internet. Il appartient donc à l'utilisateur de tirer profit de ces diverses fonctions d'aide. Les auteurs vont même jusqu'à nous conseiller sur la bonne façon d'organiser les signets disponibles sur les logiciels d'accès au réseau internet.

Il n'entre pas dans le cadre de cette notice bibliographique de comparer de façon détaillée cet ouvrage avec les autres ouvrages disponibles sur le marché. Il y en a évidemment d'autres qui sont excellents. Disons simplement que celui-ci donnera pleine satisfaction à celui ou celle qui l'aura acheté.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « TECHNIQUES DE REPÉRAGE DES SOURCES DOCUMENTAIRES DU DROIT »

Auteur(s) : Geneviève TREMBLAY

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **427-428**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12291>

Page vide laissée intentionnellement.

«TECHNIQUES DE REPÉRAGE DES SOURCES DOCUMENTAIRES DU DROIT»*

par Geneviève TREMBLAY**

Pierre-Claude Lafond vient de publier la deuxième édition de son guide pratique *Techniques de repérage des sources documentaires du droit*. Cet ouvrage porte bien son nom. Il s'agit, en effet, d'un « guide pratique » pour l'étudiant en droit qui veut s'initier à la recherche juridique, ainsi que pour le juriste qui cherche à perfectionner ses techniques de repérage des sources du droit québécois et fédéral ou, simplement, à se rafraîchir la mémoire.

Le guide se divise en quatre modules, à savoir la loi, le règlement, la jurisprudence et la doctrine. Grâce à ce guide, le lecteur sera en mesure de repérer une loi ou un règlement, de les mettre à jour et d'en trouver la date d'entrée en vigueur. De même, il sera capable de repérer la jurisprudence et de vérifier si un jugement a été porté en appel, puis, le cas échéant, le résultat de l'appel. Enfin, l'utilisateur pourra compléter efficacement ses recherches en identifiant la doctrine pertinente, que ce soit sous forme de monographies, de périodiques ou d'ouvrages collectifs.

Le guide présente de plus à l'utilisateur un éventail de techniques qui lui permettront de repérer les lois et les règlements à partir des index analytiques ou du titre des lois habilitantes; de trouver de la jurisprudence à partir d'une loi ou d'un règlement, du sujet (mots clés), des noms des parties, du nom du décideur, de la date du jugement, de la juridiction ou, tout simplement, de la référence de publication; et, finalement, de repérer la doctrine à partir du nom de l'auteur, du titre de l'ouvrage ou du sujet. Selon ses préférences, il pourra en outre opter pour une recherche assistée par ordinateur ou bien s'en tenir aux instruments imprimés.

*. P. Lafond, *Techniques de repérage des sources documentaires du droit*, 2^e édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

**. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Pierre-Claude Lafond accompagne l'utilisateur étape par étape dans sa démarche de recherche. L'information est présentée de façon simple et précise. L'exposé demeure complet, sans donner de détails superflus qui viendraient trahir la vocation première de cet outil de recherche documentaire en l'alourdissant inutilement. Le guide est néanmoins ponctué de notes explicatives et de remarques terminologiques qui bénéficieront certainement au lecteur. Enfin, l'utilisateur « pressé » appréciera sans aucun doute le fait que l'auteur ait schématisé les différentes techniques de repérage (à l'aide des instruments imprimés ou informatiques) sous la forme de tableau que l'on retrouve au début de chaque section.

Bref, ce guide des techniques de repérage des sources documentaires du droit facilitera certainement la tâche de plusieurs étudiants et juristes. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un ouvrage de référence essentiel, il peut néanmoins être utile de l'avoir à porter de la main.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « TRAITÉ DE DROIT CRIMINEL »

Auteur(s) : Simon ROY

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **429-431**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12292>

Page vide laissée intentionnellement.

«TRAITÉ DE DROIT CRIMINEL»*

par Simon ROY**

Dès la sortie de son *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*¹, il était manifeste que le propos d'Hugues Parent se démarquait nettement des idées reçues en droit criminel canadien. Le tome premier de son *Traité de droit criminel* confirme résolument cette tendance. Une brève description du contenu de l'ouvrage suffit d'ailleurs pour s'en convaincre.

Pour le premier tome de son *Traité*, Hugues Parent a opté pour une division en trois parties.

Le chapitre préliminaire du volume propose une analyse philosophique de l'acte volontaire en tant que composante fondamentale de la responsabilité pénale. Pour s'acquitter de cette tâche, Hugues Parent puise abondamment dans les écrits de saint Thomas d'Aquin, de saint Matthieu et d'Aristote en plus de faire appel aux oeuvres de grands commentateurs de la *common law* britannique tels Coke, Stephen et Blackstone. Ce procédé permet d'ancrer solidement les prémisses théoriques du volume en plus de rappeler au lecteur le contexte historique de l'évolution du droit criminel.

La première partie de l'ouvrage se subdivise en cinq chapitres traitant respectivement de la minorité pénale, des troubles mentaux, de l'automatisme, de l'intoxication volontaire et de l'erreur. L'auteur regroupe ces questions car elles affectent toutes la «capacité d'orienter intelligemment son action». En d'autres mots, ces facteurs peuvent rendre une conduite involontaire en privant son auteur des facultés intellectuelles nécessaires à la prise de décisions éclairées.

*. H. Parent, *Traité de droit criminel*, Tome I, Les Éditions Thémis, Montréal, 2003.

**.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. H. Parent, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2001.

La deuxième partie de l'ouvrage compte également cinq chapitres ayant pour thèmes la nécessité, la contrainte, la légitime défense, la provocation et l'impossibilité. Selon l'auteur, ces facteurs annihilent la capacité d'agir librement, condition pourtant essentielle à toute action volontaire. Plus spécifiquement, la conduite sera ainsi involontaire au sens normatif car des circonstances extérieures dictent irrémédiablement une action à l'exclusion de toute autre.

À la lecture de cette description, on est en droit de se demander à quel auditoire s'adresse Monsieur Parent.

Après tout, la majorité des ouvrages juridiques expose avec moult détails les subtilités du droit positif dans un domaine donné. Cette formule convient parfaitement aux étudiants soucieux de s'initier au droit ou encore aux praticiens qui cherchent une réponse rapide à une question précise.

Or, le *Traité* d'Hugues Parent ne se prête pas aisément à ces usages traditionnels. D'une part, l'approche adoptée par Monsieur Parent se distingue nettement par son originalité, pour ne pas dire sa marginalité. Ceci risque cependant de complètement dérouter l'étudiant rompu aux ouvrages dotés d'une structure plus conventionnelle. D'autre part, l'auteur a délibérément opté pour une description sélective des règles de droit positif, l'exhaustivité du propos n'étant définitivement pas l'objet premier du volume. Ce choix sied mal avec la nécessité, pour les praticiens, d'obtenir un tour d'horizon le plus complet possible sur un point donné.

Cela dit, ce *Traité de droit criminel* possède une utilité indéniable. En replaçant dans leur contexte philosophique les règles actuelles du droit criminel, Hugues Parent nous offre une réflexion d'une richesse peu commune. Muni de ces assises philosophiques, l'auteur décrit et critique les règles existantes avec toute l'aisance que procure un cheminement logique et clair. Sous la plume de Monsieur Parent, le droit criminel ne constitue plus un poussiéreux ramassis de règles aux fondements désuets; il devient plutôt un délicat échafaudage assurément complexe, mais à tout le moins pourvu d'une logique interne discernable.

Bref, il nous faut conclure que l'auditoire potentiel de Monsieur Parent est vaste. Quiconque s'intéresse de près au droit criminel appréciera à sa juste mesure un auteur qui ose sortir des sentiers battus pour nous offrir un regard neuf sur un sujet pourtant maintes fois abordé.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « TRAITÉ GÉNÉRAL DE PREUVE ET DE PROCÉDURE PÉNALES »

Auteur(s) : Lucie ROY

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **433-435**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12293>

Page vide laissée intentionnellement.

«TRAITÉ GÉNÉRAL DE PREUVE ET DE PROCÉDURE PÉNALES»*

par Lucie ROY**

Voici la neuvième édition d'un ouvrage paru initialement en 1993, sous le titre de «*Précis élémentaire de preuve et de procédure pénales*». Dans le cadre de la dernière édition de cet important ouvrage de référence en matière de droit criminel, les auteurs, L'Honorable Juge Pierre Béliveau et Maître Martin Vauclair, ont su améliorer de façon notable la huitième édition, qui ne datait pourtant que de l'année 2000, notamment en y incorporant les dernières modifications apportées par le législateur au droit criminel canadien. Comme L'Honorable Lyse Lemieux l'a écrit dans la préface, le livre constitue un «exposé complet et accessible de l'ensemble du droit pénal canadien».

Le contenu de l'ouvrage est excellent, au même titre que celui des éditions précédentes. Les auteurs y abordent le sujet épineux de la preuve et procédure pénales sous un aspect pratique, analysant la jurisprudence récente rendue en matière de droit pénal de même que les différentes modifications législatives incorporées au Code criminel. Il est à noter que la neuvième édition du Traité tient compte des jugements rendus par la Cour suprême du Canada jusqu'au 19 juin 2002.

Au surplus, les auteurs précisent à l'avant-propos qu'en vertu des différentes dates d'entrées en vigueur des dispositions de la *Loi de 2001 modifiant le droit criminel* [L.C. 2002, ch. 32], ils ont cru bon d'inclure en annexe de leur ouvrage un survol des principales dispositions que cette loi comporte.

Cela dit, l'ouvrage se divise en quatre parties, dont la première est consacrée à l'étude de l'historique du droit criminel. Partant des principes de base du droit criminel anglais afin de faire saisir au lecteur l'influence de la

*. P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 9^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002.

**., Avocate, Shaffer & Associés, Montréal.

Grande-Bretagne sur notre système de droit criminel et dans le but de bien saisir la portée de cette influence, les auteurs créent un parallèle intéressant entre le droit criminel québécois au temps de l'incorporation du droit criminel anglais et le droit criminel québécois lors de la constitution du Canada. Cette partie sert principalement de mise en contexte du droit pénal au Québec.

Dans le cadre de la première partie de leur ouvrage, les auteurs étudient également les sources du droit canadien. Dans un premier temps, ils abordent ses sources constitutionnelles en accordant une importance cruciale à la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, depuis son entrée en vigueur, assure l'évolution des règles de preuve et de procédure pénales. Il y est également question des recours en vertu de la *Charte*.

Dans un second temps, ce sont les sources non constitutionnelles du droit canadien qui retiennent l'attention des auteurs, donc la loi et la jurisprudence.

Dans la deuxième partie, les auteurs présentent les différentes composantes du système canadien de justice criminelle. Non seulement traitent-ils des différents intervenants tels que les autorités policières, le ministère public et le juge, mais aussi de leurs compétences, de leurs juridictions respectives et des limites de celles-ci, mais ils offrent au surplus, une description concise du rôle joué par le procureur de l'accusé et par la victime elle-même au sein du processus judiciaire.

Dans une troisième partie, les auteurs exposent les règles de preuve pénale. Ils établissent tout d'abord les principes généraux de notre droit, notamment ceux concernant la présomption d'innocence, l'admissibilité des preuves et le ouï-dire. Ils enchaînent ensuite avec les règles particulières concernant, entre autres choses, les preuves matérielles et les déclarations extrajudiciaires ou judiciaires des différents acteurs d'un procès pénal, dont celles de l'accusé.

Enfin, dans la dernière et la plus volumineuse partie de leur ouvrage, les auteurs traitent des phases de la procédure pénale. Les praticiens trouveront dans cette partie une aide précieuse concernant le déroulement d'un procès en matière

pénale. En effet, les auteurs y décrivent d'une façon claire les différentes étapes auxquelles sera confronté l'accusé, partant de son arrestation jusqu'au moment où une décision finale sera rendue. Bien évidemment, les auteurs accordent une importance particulière au déroulement du procès, tant en première instance que devant les cours d'appel. À ce niveau, les auteurs donnent une vue d'ensemble des différentes parties constitutives d'un procès en plus d'aborder les principes directeurs dans le cadre de la prononciation de la peine. Finalement, les auteurs traitent des différentes contestations possibles des procédures de première instance et du *plea bargaining*.

En somme, il s'agit d'un excellent ouvrage tant pour le praticien aguerri que pour le théoricien, car, rappelons-le, cet ouvrage se veut avant tout un «exposé pratique et concis de la jurisprudence récente en matière de preuve et de procédure pénales», selon l'avis même des auteurs.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Auteur(s) : Simon ROY

Revue : *RDUS*, 2003-2004, volume 34, numéro 1-2

Pages : **437-438**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12294>

Page vide laissée intentionnellement.

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

par Simon ROY*

La bibliothèque de tout juriste comporte nécessairement de nombreux ouvrages régulièrement mis à jour afin d'être à l'affût de l'actualité juridique. Parmi les ouvrages publiés en 2002-2003, trois ont particulièrement attiré notre attention, nommément, le *Code criminel et lois connexes*¹ de Wilson & Lafleur, le *Code criminel annoté*² des Éditions Yvon Blais et l'*Alter Ego – Chartes des droits de la personne*³ de Wilson & Lafleur. Il convient d'en faire une brève description en soulignant leurs avantages respectifs.

Tel que son titre l'indique, le *Code criminel et lois connexes* de Wilson & Lafleur se veut plus qu'une version imprimée du Code criminel. En effet, le recueil contient 17 lois connexes, toutes fort pertinentes en matière criminelle. En plus des lois incontournables (*Loi constitutionnelle de 1982, Loi sur la preuve au Canada, Loi sur les jeunes contrevenants, Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, etc.), on y trouve des lois d'application moins fréquente mais qu'il est tout de même fort utile d'avoir sous la main rapidement (*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, Loi sur l'extradition*, etc.).

Évidemment, les principales règles de pratique et de procédure y sont aussi disponibles, ce qui fera le bonheur des praticiens. Bref, le *Code criminel et lois connexes* de Wilson & Lafleur constitue un bon point de départ pour le juriste qui cherche un ouvrage complet et à prix abordable.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Sous la direction de A. Jean, L. Martineau et L. Saintonge-Poitevin, *Code criminel / Criminal Code - 2002-2003*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2002.
2. G. Cournoyer et G. Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.
3. H. Brun, *Chartes des droits de la personne / législation, jurisprudence, doctrine*, 15^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2002.

Les Éditions Yvon Blais proposent aussi un Code criminel, cette fois-ci avec une indéniable valeur ajoutée, soit des renvois annotés à la jurisprudence pertinente. Les auteurs, Cournoyer et Ouimet ont ajouté plus de 600 annotations à l'édition 2003, ce qui porte leur total à plus de 5000 pour le volume en entier.

Il convient également de souligner le renvoi à des articles de doctrine sous certains articles. Il est vrai que ces renvois sont encore trop limités (à titre d'exemple, on ne retrouve qu'un seul renvoi concernant le fameux article 33.1 du Code criminel). Cependant, il s'agit, sans contredit, d'un pas dans la bonne direction.

Parmi les autres points forts de l'ouvrage, notons l'attention portée aux décisions émanant des autres provinces canadiennes. Espérons que cette caractéristique de l'ouvrage incitera peut-être les juristes québécois à suivre l'exemple et à ne pas limiter leurs recherches en droit criminel aux décisions québécoises. Somme toute, l'ouvrage de MM. Cournoyer et Ouimet se distingue par ses tendances innovatrices et constitue donc un ouvrage fort utile pour quiconque s'intéresse de près au droit criminel.

Nous le savons bien, le droit ne se pratique pas en vase clos et tout juriste a donc avantage à garder sous la main un ouvrage général en matière de droits et libertés. *L'Alter Ego – Chartes des droits de la personne* d'Henri Brun peut remplir à merveille ce rôle, car il traite de sujets fort utiles dans plusieurs domaines, que ce soit en droit criminel, en droit civil ou encore en droit du travail pour n'en nommer que quelques exemples.

Cette quinzième édition du volume reprend les paramètres qui ont fait le succès de l'ouvrage. À ce niveau, on notera d'abord le détail des annotations (certaines font plus de 40 lignes). On remarquera aussi la place importante accordée à l'évolution historique de l'interprétation d'une disposition, évolution que l'on peut aisément suivre grâce à de nombreuses références aux décisions datant des années 1980. Il serait superflu d'en dire plus sur ce volume, car il suffit de le posséder pour constater à quel point il devient rapidement indispensable.